

J. Rom. m.

248 trakt.

Hirschberg. Der Contractualistima-
torius u. v. Beziehungen z. bysch. Konsti-
tution u. gesch. u. z. der Kaufs Konstitution.

I. rom. m.
248 tnh

Hirschberg

Der
contractus aestimatorius

und seine Beziehungen

zum

buchhändlerischen Konditionsgeschäft

und zur

Verkaufskommission.

Inaugural-Dissertation

zur

E r l a n g u n g d e r D o c t o r w ü r d e

der

Hohen Juristischen Fakultät der Georg-Augusts-Universität

zu Göttingen

vorgelegt von

Georg Hirschberg,

Referendar zu Culm.

Göttingen 1897.

Druck der Dieterich'schen Univ.-Buchdruckerei.

(W. Fr. Kästner.)

Der

CONTRACTUS ASSIMILATIONIS

und seine Beziehungen

zum

buchhändlerischen Konditionsgesetz

von

Verkaufskommission

Erweiterung-Diskussion

Erklärung der Bestenwörter

Haben Sie diesen Text in der Hand?

von 1888



Göttingen 1888

Druck des Verlags von G. H. Meyer
(H. F. Meyer)

I n h a l t.

	Seite
Einleitung: Die allgemeine Stellung der 3 Verträge im Rechtssystem	1
I. Abschnitt: Die 4 Brinz'schen Begriffsmerkmale des Trödelvertrages und ihre Anwendung auf das Kondi- tionsgeschäft und die Verkaufskommission.	9
I) Die Hingabe zum Verkauf	10
II) Die Abschätzung	27
III) Die Alternativobligation	38
IV) Das Recht auf den Mehrerlös	51
II. Abschnitt: Die juristische Natur des contractus aesti- matorius und des Konditionsgeschäftes	55

INDEX

Page

1. The first part of the book is devoted to a general survey of the subject.	1
2. The second part is devoted to a detailed examination of the various aspects of the subject.	10
3. The third part is devoted to a discussion of the various theories and methods of the subject.	20
4. The fourth part is devoted to a discussion of the various applications of the subject.	30
5. The fifth part is devoted to a discussion of the various results of the subject.	40
6. The sixth part is devoted to a discussion of the various conclusions of the subject.	50
7. The seventh part is devoted to a discussion of the various suggestions of the subject.	60
8. The eighth part is devoted to a discussion of the various prospects of the subject.	70
9. The ninth part is devoted to a discussion of the various problems of the subject.	80
10. The tenth part is devoted to a discussion of the various questions of the subject.	90

Das Corpus juris widmet dem Verträge, den die mittelalterlichen Juristen *contractus aestimatorius* nannten, und den wir ebenso willkürlich »Trödelvertrag« nennen, den Digestentitel 19.3 de aestimatoria (sc. actione), ohne den Kontrakt an dieser Stelle erschöpfend zu behandeln. Vielmehr findet sich an vielen andern Stellen des Gesetzbuches der Trödelvertrag, den hier kein Eigenname kennzeichnet, als typische Kontraktsform erörtert, und zwar überall dort, wo die Römer von einem »vendendum dare« reden¹⁾; denn dies ist, wie Brinz (»Kritische Blätter« 1. S. 3. u. 4) in seiner Kritik der Chambon'schen Abhandlung über den Trödelvertrag überzeugend nachgewiesen hat, in Ermangelung eines Eigennamens »der eigene Name« des Vertrages. Es wird hierbei dem Trödler eine Sache zum Verkauf unter einer Taxe übergeben, mit der Abrede, dass er entweder die Sache zurückgebe oder die Schätzungssumme zahle. Der Mehrerlös verbleibt dem Trödler.

In diesem Sinne definirt Brinz: »Si rem aestimatam

1) L. 5 § 18 de trib. a. 14.4. L. 44 pro socio 17.2. L. 11 pr. de reb. cred. 12.1. Von der letzten Stelle geht Brinz aus. Hier vergleicht Ulpian mit Bezug auf das periculum das Darlehen, welches durch Ueberlassung einer Sache zum Verkauf und deren Erlöses vermittelt wird, mit dem vendendum dare. »Natürlich«, so folgert Brinz (S. 3), »denkt er (Ulpian) dabei an einen bestimmten einzelnen Kontrakt, sonst könnte er nicht vergleichen«.

vendendam tibi dederō, ut aut eandem mihi afferres aut pretium, quove pluris vendidisses, tibi haberes«. Ebenso sieht auch W e n d t (Rechtssatz und Dogma in J h e r i n g s Jahrbüchern B. XXII S. 383) in dem vendendum dare der Quellen die Bezeichnung unseres Trödelvertrags. Ob das vend. dare nun auch ein notwendiger Bestandteil des Vertrages ist — wie W e n d t, B r i n z, C h a m b o n u. a. m. annehmen — wird unten Gegenstand der Erörterung sein. Jedenfalls stellte Ulpian das vend. dare als einen selbständigen Vertrag hin, als er die viel umstrittene Frage: quae sit actio, utrum ex vendito an ex locato an ex conducto an mandati beantwortete: »dandam aestimatoriam praescriptis verbis actionem« L. 1 D. h. t. Diese Klage kennzeichnet den Vertrag als einen Innominatvertrag, d. h. als einen Realvertrag, der ausserhalb der bekannten Realverträge: mutuum, commodatum, pignus, depositum steht, und für dessen Klagbarkeit, ebenso wie bei den genannten, die Hingabe der res die causa civilis bildet. Da die Hingabe als vertragsbegründender Akt unter der Voraussicht auf die entsprechende Gegenleistung erfolgt, so ergibt sich bei deren Ausbleiben für den ersten Kontrahenten das Rücktrittsrecht, welches er durch cond. causa data causa non secuta ausübt. Mit dem Klagbarwerden der nuda pacta d. h. der formlosen Verabredung hat die causa civilis der realen Hingabe und der Unterschied zwischen Consensual- und Realverträgen die Bedeutung verloren. Die Leistung der Sache geschieht nach vorgängigem Abschluss des Geschäfts durch Vereinbarung nicht mehr contrahendi, sondern solvendi causa ¹⁾. Die Leistung ist nicht

1) Dies ist bekanntlich sehr bestritten. Vgl. D e r n b u r g, Pand. I. Bd. S. 21. Ein näheres Eingehen auf die Streitfrage würde hier zu weit führen.

mehr eine formell gesetzliche Voraussetzung der Klagbarkeit, sondern lediglich ein materielles Klagefundament, insofern als der auf Rückgabe der Sache oder Zahlung der aestimatio gehenden Klage naturgemäss die Hingabe der Sache vorausgegangen sein muss. Die Frage, ob nach heutigem gem. R. und den Partikularrechten der Trödelvertrag ein Konsensual- oder Realvertrag sei, ist daher lediglich ein Streit um Worte.

Das bürgerliche Gesetzbuch hat auf den Trödelvertrag gänzlich verzichtet und begründet das in den Motiven Bd. 2 S. 517 damit, dass »eine Präzisierung des wesentlichen Inhalts des Vertrages unfehlbar eine grosse Anzahl von Fällen treffen würde, für welche die dispositiven Rechtsnormen nicht passen würden«.

Aehnliche Zweifel über die Grenzen des Vertrages, wo eine aestimierte Sache ad vendendum gegeben wurde, hatten, wie Ulpian L. 1 h. t. sagt, anfänglich schon die Römer. Wegen der aestimatio venditionis causa konnte der Vertrag leicht als perfekte emptio venditio angesehen werden, wegen des Gewinnstes, den der Trödler in dem erzielten Mehrerlös finden konnte, als locatio conductio gelten, endlich schien in dem vendendum dare ein Mandat zu liegen. Keiner dieser Verträge passte; wie sich aber auch der Vertrag inhaltlich gestalten mochte, jedenfalls begründete die Uebergabe der Sache und die Verpflichtung des Empfängers, aut rem aut aestimationem reddere, einen Innominatkontrakt, dessen Rechtsmittel die actio praescriptis verbis, hier aestimatoria genannt, Anwendung fand. Dem Beispiele Ulpians folgend hat Windscheid seiner Erörterung über den Trödelvertrag (Bd. 2 § 383) einen Vergleich desselben mit Auftrag, Miethsvertrag, miethsähnlichem Vertrage und Gesellschaftsvertrag in Bezug auf das Hingeben zum Verkauf vorangestellt. Und ebenso ver-

fährt Dernburg (Pandekten, Bd. 2 § 120). So dürfte die Vergleichung des Trödelvertrages auch mit den modernen Instituten des Konditionsgeschäftes und der Verkaufskommission, und die Darstellung ihrer gegenseitigen Beziehungen von Nutzen sein und zur Beseitigung mancher Zweifel beitragen. Denn das Verschwinden des Trödelvertrages aus den deutschen Gesetzen bedeutet noch nicht sein Verschwinden aus dem Rechtsleben; an Stelle der Spezialbestimmungen des Pandektenrechts und der Partikulargesetze über den Trödelvertrag treten die Rechtssätze des B.G.B. über Schuldverhältnisse, deren Anwendbarkeit neben den Bestimmungen der Usance, auf deren Boden das Konditionsgeschäft erwachsen ist, und neben den Bestimmungen des H.G.B.'s über das Kommissionsgeschäft häufig in Frage kommen wird.

Denn auf einer Verkennung der Stellung des Trödelvertrages im Rechtsleben beruht die Ausführung Endemanns (Deutsch. Handelsrecht 1876 O. 578 Anm. 33): »Der Trödelvertrag, der selbst bei den Trödlern nur noch ausnahmsweise zu finden, hat für den Handel nur noch sehr wenig Bedeutung, er ist für die heutige Mobilität zu schwerfällig«; und an den unglücklichen Namen des Vertrages anknüpfend, spricht Brinz a. a. O. S. 11 von den Hausierern, welche durch das Land ziehen und an der Verdienstangelegenheit, die ihnen der Kaufherr in dem Mehrerlös geboten, ihren Pfennig abnagen«.

Ich möchte dem Trödelvertrag ein weiteres Anwendungsgebiet geben. Wir finden ihn z. B. tausendfach in Gestalt des Vertrages zwischen Restaurateur und Schankkellner; letzterer erhält von jenem das Bier zum Vertrieb und hat bei seinem Abgange oder zu vereinbarter Zeit das nicht verkaufte Bier zurückzugeben oder den pro Liter vereinbarten Preis zu zahlen, wogegen er den Mehrerlös,

der durch das berüchtigte Schneiden, übermässige »Blume«, erhöht wird, für sich behalten darf. Aehnlich sind oft die Verträge zwischen Brauereien und Restaurateuren. Und »wie viele Personen nennen sich Agenten oder Kommissionäre und sprechen oft irrtümlich von Kommissionslagern oder Konsignationen, während sie materiell die Stellung eines Trödlers einnehmen«, (L i e b e r t, »Beiträge zur Lehre vom contr. aestim.« Berliner Inaug.-Diss. 1890, S. 4 Anm. 1). Bezüglich des Objektes sagt Merkel in Weiskes Rechtslexikon S. 537: »Die zu verträdelnde Sache konnte sowohl unbeweglich als beweglich und muss nur überhaupt in commercio sein, denn obgleich meistens nur bewegliche Sachen verträdelte wurden und noch werden, so sind doch auch die unbeweglichen gesetzlich nicht ausgenommen, und es bietet das Leben Beispiele genug dar, welche auf die Verträdelung von Häusern, Grundstücken, Rechten und Gerechtigkeiten hinweisen«.

Deutschrechtlichen Ursprungs bildete sich im buchhändlerischen Verkehr das Konditionsgeschäft in folgendem Entwicklungsgange¹⁾. Bis zur Mitte des vorigen Jahrhunderts beherrschte auf den Buchhändlermessen der Tausch den ausschliesslich dort stattfindenden Verkehr zwischen den Buchhändlern, die in einer Person Verleger und Sortimenten oft auch Drucker waren. Dem mit der deutschen Litteratur mächtig aufblühenden Buchhandel, der als Sortimentsgeschäft bald vom Verlage sich trennte, genügte jedoch diese primitive Geschäftsform nicht mehr, da sie Gleichmässigkeit und Ständigkeit des Bücherpreises und -wertes sowie einen grossen Geschäftsbetrieb der einzelnen

1) Weidling, buchhändlerisches Kond.-Gesch. S. 10 ff. Buhl, Goldschmidts Ztschft. für H.R., Bd. 25 S. 146, 180). Waechter ebenda, Bd. 2 S. 502. Friedrichs, »Trödelyertrag u. Konditionsgesch.« S. 3.

Händler voraussetzte. Der Strom der Tages- und Broschürenlitteratur, deren kurzlebige Erzeugnisse schnellen und weiten Absatz erforderten, führte in den Buchhandel die Sitte ein, unverlangt die Novitäten bei ihrem Erscheinen den Sortimentern zum Absatz zuzusenden, die naturgemäss die Exemplare, die sie nicht verkauften, dem Verleger zur Messe, die ihre alte Bedeutung behielt, zurücksenden durften und die verkauften bezw. behaltenen bezahlen mussten. Dies wurde zur sog. Reichsbuchhändler-Handlungsart, welche 1788 19 angesehene Leipziger Buchhändler zur ständigen *lex contractus* ihrer Kaufabschlüsse erhoben¹⁾. Als Protest gegen einen Ring von Verlegern, die ihren Sortimentshandel und den Tausch aufgegeben hatten und nur noch gegen feste und käufliche Uebernahme liefern wollten, beschlossen sie: »was wir vor Bezahlung unseres Saldo von unverkauften Büchern, ungebunden oder in Heften unaufgeschnitten denen Herren franco in Leipzig zurückgeben, das sollen sie in ordinären Preisen ohne Widerrede in Zahlung nehmen und erst dann mit uns saldieren«.

Von den unverlangt pro novitate zugesandten wurde das Konditionsgeschäft auf die ausdrücklich verlangten und à condition zugesandten Werke ausgedehnt, und ist so durch Geschäftsgebrauch im Geschäftsverkehr zwischen Verleger und Sortimenter zum üblichen Vertrage geworden, für dessen Beurteilung in Ermangelung jeglicher gesetzlichen Bestimmungen lediglich die Usance massgebend ist. Ob nun der Handelsgebrauch zum Handelsgewohnheitsrecht geworden ist und im Sinne des Art. 1 H.G.B. als objektiver Rechtssatz stets insoweit zur Anwendung kommt, als

1) Schürmann, Magazin für deutschen Buchhandel S. 104. Buhl a. a. O. S. 143.

das H.G.B. keine Bestimmungen enthält — oder ob er lediglich zu den Gewohnheiten und Gebräuchen gehört, die nach Art. 279 in Beziehung auf die Bedeutung und Wirkung von Handlungen und Unterlassungen zu berücksichtigen sind, somit also nur ein Interpretationsmittel ist, diese Frage ist de facto von geringer Bedeutung¹⁾. In dieser Erwägung hat das neue H.G.B. den Art. 1 des jetzt geltenden Gesetzbuches beseitigt und dies ist in der den betreffenden Gesetzentwurf begleitenden Denkschrift S. 6 mit den Worten motiviert: »In Wirklichkeit hatten eben die Fälle, in denen bisher ein »Handelsgebrauch« auf die Rechtsprechung Anerkennung fand nicht eigentliches Gewohnheitsrecht zum Gegenstande, sondern eine Uebung, die gemäss Art. 279 behufs Ermittlung des Vertragswillens der Beteiligten zu berücksichtigen war«.

Es regeln sich somit Rechte und Pflichten aus dem Geschäfte, das als Konditionsgeschäft gewollt ist, nach feststehendem Handelsgebrauch, sofern nicht etwas Entgegenstehendes ausdrücklich vereinbart ist.

»Die Art der Geschäftsführung, die sich in gewissen Rechtsverhältnissen gestaltet hat, bildet für diejenigen, welche fortwährend in diese Verhältnisse treten und darin handeln, einen stillschweigend vereinbarten Inhalt ihres Vertrages, und wird eine jede Vereinbarung unter dispositiven Gesetzen, für das gegenseitige Recht der Parteien massgebend«. (Waechter, a. a. O. S. 502). Wenn also der Verleger auf vorbehaltlose Bestellung des Sortimenters ihm die Bücher zuschickt und zugleich auf der Factura seine besonderen von gewöhnlichen Geschäftsgebrauch abweichenden Geschäftsbedingungen mitteilt, so wird hier-

1) Mit dieser Frage beschäftigt sich eingehend Weidling a. a. O. S. 36 ff.

durch der Besteller nicht verbunden sich diesen Geschäftsbedingungen zu fügen, die Zusendung gilt nicht als Annehmen seiner Offerte, sondern als Annahme unter Bedingungen und Einschränkungen, somit nach Art. 322 H.G.B. als »Ablehnung des Antrags, verbunden mit einem neuen Antrag«. Die Sendung ist als eine unverlangt erfolgte anzusehen.

Im System des H.G.B.'s gehört das Konditionsgeschäft als Geschäft des Buchhandels zu den subjektiven Handelsgeschäften des Art. 272, die nur dann als Handelsgeschäfte gelten, wenn sie gewerbmässig betrieben, oder, wenn zwar einzeln, jedoch von einem Kaufmann im Betriebe seines gewöhnlich auf andere Geschäfte gerichteten Handelsgewerbes gemacht werden.

Nach der Terminologie des neuen Handelsgesetzbuchs in § 1 gilt der Gewerbebetrieb, der das Konditionsgeschäft zum Gegenstand hat, als »Handelsgewerbe«. Der Trödelvertrag ist, sofern er über bewegliche Sachen abgeschlossen wird, dann Handelsgeschäft, wenn er von einem Kaufmann als zum Betriebe seines Handelsgewerbes gehörig abgeschlossen wird (Art. 273 Abs. 1) und gilt, wenn von einem Kaufmanne abgeschlossen »im Zweifel« als zum Betriebe des Handelsgewerbes gehörig (Art. 274 Abs. 1 H.G.B.).

Dass der Trödler in unserem Sinne nicht identisch zu sein braucht mit dem Minderkaufmann des Art. 10 H.G.B., ist bereits oben ausgeführt.

Wenn Gerber (Deutsches Privatrecht § 199) das Konditionsgeschäft als »eine eigentümliche Art des Kommissionshandels«, Dernburg (Pand. II § 120 Anm. 10) das Konditionsgeschäft als besondere Art des Trödelvertrages bezeichnet, Ulpian in der zitierten Lex 1 für das *vendendum dare* die *a. mandati* in Erwägung zieht, schliesslich aber verwirft, so beruht dieser Widerstreit der Mei-

nungen lediglich auf der Frage: ist in dem vendendum dare und in der Hingabe der Bücher an den Sortimenter zum Vertriebe unter den usancemässigen Bedingungen ein Mandat oder mandatähnliches Geschäft enthalten? Zum Behufe einer ausführlichen Darstellung der gegenseitigen Beziehungen des Trödelvertrages und Konditionsgeschäftes ist daher das Kommissionsgeschäft, das auf der Grundlage des römischrechtlichen Mandats erwachsen ist¹⁾, insbesondere die Verkaufskommission, in den Kreis der Erörterung zu ziehen.

I. Abschnitt.

Brinz stellt in seiner oben wiedergegebenen Definition (a. a. O. S. 68) vier begriffsbestimmende Merkmale des Trödelvertrages auf: Hingabe zum Verkauf, Aestimation, Alternativität der Verpflichtung zur Rückgabe oder Zahlung, Recht auf den Mehrerlös.

Ob diese »Stücke« thatsächlich für die rechtliche Existenz des Trödelvertrages notwendig sind, mag zuvörderst noch unerörtert bleiben, zweifellos ist, dass sie sämtlich Bestandteile sein können und in den meisten Fällen sind. Hier sollen sie zunächst die Ausgangspunkte der Erörterung sein, von denen aus die Beziehungen des Trödelvertrages zum Konditionsgeschäft und der Verkaufskommission beleuchtet werden.

1) H.G.B. IV. Buch III. Titel; neues H.G.B. III. Buch III. Titel. — »Auch das deutsche Handelsgesetzbuch hat den Kommissionsvertrag nicht als ein durchaus abgeschlossenes Ganzes zu regeln, von seiner natürlichen Basis, dem Gattungsinstitute Mandate loszulösen versucht«. Grünhut in Endemanns Handbuch d. H.R.'s Bd. III S. 164.

I. Die Hingabe zum Verkauf.

Das *vendendum dare* hat, wie oben ausgeführt, dem Trödelvertrage bei den Römern den Namen gegeben. Denn der äussere Vorgang des Hingebens und die ihm zugrundeliegenden Intentionen der Parteien kam im Verkehr des täglichen Lebens den Rechtsgenossen zunächst zum Bewusstsein. Als die Verkehrsbedürfnisse die rechtliche Regelung des Geschäfts erheischten, acceptierte die Jurisprudenz den volkstümlichen Namen ohne Rücksicht darauf, ob er den rechtlichen Charakter des Vertrages wiedergibt. Auch der deutsche, vom preuss. und anderen Partikularrechten festgehaltene Name »Trödelvertrag«, will durchaus nicht, wie oben erwähnt, die rechtliche und gesellschaftliche Stellung der Vertragsschliessenden bezeichnen, die sich nur zu einem Teile aus dem Kleinhändlerthum rekrutieren.

Die Frage stellt sich nun wie folgt: Muss bei Hingabe der Sache an den Trödler die stillschweigende oder ausdrückliche Absicht der Parteien stets gerichtet sein auf den wirklichen Verkauf der Sache durch den Nehmer an einem Dritten, so dass ohne diese Absicht ein Trödelvertrag nicht zu stande kommen kann? Kurz: Ist der Trödler zu Verkaufsbemühungen verbunden? Bei Beantwortung dieser Frage wird sich die Eigenart des Trödelvertrages gegenüber der juristischen Natur des Mandats, der Dienst- und Werkmiete, der sog. Lohnverträge, deutlich abheben. Es handelt sich darum, die Absicht der Parteien bei Abschluss des Vertrages festzustellen. Der A beabsichtigt, seine Sache zu versilbern, ihm selbst sind hierzu nach Lage der Verhältnisse die Mittel und Wege verschlossen, die dem B infolge seiner Berufsthätigkeit, Verbindungen, Kenntniss der Absatzgelegenheit offenstehen. A übergibt dem B die

Sache nach vorgängiger Preisfestsetzung zum Vertriebe mit der Massgabe, dass der B ihm entweder die Sache zurückbringe oder den Preis zahle; den eventuellen Mehrerlös könne B behalten. Zweifellos konzentriert sich des A ganzes Interesse lediglich auf den Erfolg seiner Spekulation: den Taxpreis zu erhalten. Er nimmt an, und meistens zutreffend, dass B sich durch Weiterverkauf in Stand setzen wird, den Preis zu bezahlen, allein nichts liegt dem A so fern, als den B zum Verkauf zu verpflichten, und dies zum Essentiale des Vertrages zu machen. Denn durch die unbeschränkte Verfügungsfreiheit, die A dem B bezüglich seiner Sache belässt, hofft er sein Ziel, die Versilberung der Sache und Gewinnung des Preises am ehesten zu erreichen. Wie B nun mit der Sache operieren wird, ob er durch Verkauf, Verleihen, Vermieten die Zahlung des Preises ermöglichen wird, ob er die Sache für sich behält oder verloren hat, und den Preis aus eigenem Vermögen bezahlt, ist dem A vollständig gleichgültig. Wenn selbst Geber und Nehmer übereinstimmend der Meinung sind, der Nehmer werde den Verkauf der Sache versuchen, so ist dies lediglich eine belanglose Vermutung, höchstens aber auf Seiten des Nehmers ein Beweggrund zum Abschluss des Geschäfts, der ihn in seiner Verfügungsfreiheit keineswegs beschränkt. (Reinhold, der Trödelvertrag S. 7). Die Aussicht auf den Mehrerlös veranlasst den Trödler seine Thätigkeit im Interesse des Gebers zu entfalten und sein Interesse mit dem des Gebers zu identifizieren. Wirtschaftlich ist somit die Stellung des Trödlers die eines Eigenunternehmers mit freier Willensbethätigung, selbständigem Risiko und besonderem Unternehmergewinne. Er trägt die Spesen des Geschäfts, ihn trifft der Verlust, wenn sein Erlös die Höhe des abzuführenden Taxpreises erreicht.

Die Verpflichtung zu einer Thätigkeit, hier zur Be-

mühung um den Verkauf der Sache, gründet sich dagegen nur auf einen Lohnvertrag, Mandat bzw. Mietsvertrag. Dann ist gegenüber dem Eigentümer der Sache die Stellung des Nehmers von der des Trödlers völlig verschieden. Der Mieter fremder Dienste in ihrer Einzelheit oder im wirtschaftlichen Resultat — *locatio conductio operarum* oder *operis* —, der Auftraggeber — *mandans* — ist der alleinige Geschäftsherr, ist der Unternehmer, der die strikt zu befolgenden Anweisungen erteilt, der allein Risiko und Spesen des Geschäfts trägt, den Unternehmergewinn zieht und den Lohn zahlt. Auf die Verkenning dieser Unterschiede, insbesondere der Natur des Mehrerlöses, der nicht Lohn, sondern Unternehmergewinn ist, beruht die Ansicht derer, welche den Trödelvertrag als Mandats- oder mietsähnliches Institut betrachten ¹⁾.

1) Unternehmergewinn ebenso wie der Mehrerlös des Trödlers ist auch der Ertrag der Thätigkeit des *socius*. Dem steht nicht entgegen, dass er zu dieser Thätigkeit dem anderen *socius* vertragsmässig verpflichtet ist. Der Unterschied zwischen *societas* und Trödelvertrag liegt also anderswo. Ihn lassen erkennen: die L. 44 D. pro socio 17. 2: Ulpianus libro XXXI ad Edictum: Si margaritam tibi vendendam dedero, ut si ea decem, vend. disses, redderes mihi decem, si pluris, quod excedit, tu haberes; mihi videtur, si animo societatis contrahendae id actum sit, pro socio esse actionem, si minus praescriptis verbis und die L. 13 pr. D. pr. v. 19. 5: Ulpianus libro XXX ad Sabinum: Si tibi rem vendendam certo pretio dedissem, ut quo pluris vendidisses, tibi haberes — placet neque mandati neque pro socio esse actionem — quia societas usu videtur contracta in eo, qui te non admisit socium distractionis, sed sibi certum pretium excepit.

In beiden Fällen liegt ein *vendendum dare* vor. Warum nicht eine *societas*? Brinz antwortet zu Lex 13: »Dadurch, dass der Herr um einen Kaufschilling hergiebt, bekommt er die Haltung eines Verkäufers, und deswegen ist der Empfänger nicht sein *socius*«, zu Lex 44: »weil der *animus contrahendae societatis* dem Eigentümer der Sache fehle, dieser den Empfänger, der nicht *certum pretium*,

So hält Merkel in Weiske's Rechtlexikon S. 538 den Trödler für verpflichtet: Die Sache »innerhalb der gehö-
 sondern nur decem heimtragen solle, eher wie einen Lohnarbeiter betrachtet haben wolle«. Diese Unterscheidung zwischen Societas und Trödelvertrag, die sich lediglich auf der Gegenüberstellung von »decem« als Erlös des Lohnarbeiters und »certum pretium« als Kaufschilling gründet, erscheint nicht annehmbar.

Zweifellos ist auch decem ebenso wie certum pretium als Taxpreis und der Trödelvertrag in einheitlicher Gestalt gemeint. Ich sehe mit Chambon (»die Lehre vom contract. aestim.«, Beiträge zum Obligationenrecht, Bd. 1 S. 109) und Liebert (S. 47 a. a. O.) das Unterscheidungsmerkmal in dem animus contrahendae societatis und übersetze das Ende der Lex 13: Eine Societät hat der nicht geschlossen, der dich nicht als Socius des Verkaufs der Sache angenommen, sondern sich von dir einen bei der Uebergabe festgesetzten Preis ausbedungen hat. Warum aber schliesst die Preisfestsetzung den animus contrah. soc. aus? Hierauf bleibt Liebert die Antwort schuldig. Eine Preisfestsetzung findet sich auch bei der Societas in L. 52 § 7 pro socio 17. 2. Hier bedingt sich bei einer Societät zum Zweck der Grundstücksspekulation der Kapitalist Victor rechtsgültig eine bestimmte Geldsumme als seinen Gewinnanteil aus, während der geistige Leiter des Unternehmens Asianus, auf den Mehrerlös beschränkt bleibt. Die Spekulation des Grundstücksein- und verkaufs ruht zweifellos auf den Schultern beider, denn fraglich ist, ob das Geschäft bei den schwankenden italienischen Bodenpreisen den Gewinnanteil des Victor in der bestimmten Höhe abwerfen wird. Beim Trödelvertrage dagegen steht der Eigentümer der Sache, gewissermassen der Kapitalist, dem Verkauf der Sache an einen Dritten, den geschäftlichen Operationen des Trödlers, vollständig fern und darin, dass, wie Chambon S. 110 sagt, »der Trödler durch den Weiterverkauf nicht ein gemeinschaftliches, sondern lediglich ein eigenes in den ungünstigen Resultaten ihn allein betreffendes Geschäft sieht«, beruht der Unterschied zwischen Gesellschaft und Trödelvertrag.

Die Spekulation des Eigentümers beruhte also nicht in dem Weiterverkauf der Sache, nicht darauf wie, sondern ob der Trödler imstande ist die Schätzungssumme zu bezahlen.

rigen Zeit entweder zu verkaufen und von dem Erlöse so viel als der Taxwert beträgt, an den Feilgeber abzuführen oder die Sache selbst in unversehrtem Zustand zurückzugeben«. Und insoweit lässt Merkel dem Trödler freies Spiel, als er ihm gestattet, die Sache, »wenn er sie nicht in unversehrtem Zustande zurückgeben kann, resp. lieber für sich behalten will, für den Taxwert selbst zu kaufen und diesen ex propriis an den Eigentümer und Feilgeber abzuführen«.

In demselben Sinne findet Chambon (a. a. O. S. 99) den Unterschied zwischen dem Trödelvertrag und der locatio conductio operis lediglich in der Unentgeltlichkeit der Bemühung, der sich der Trödler unterzieht in dem Mangel eines festen Lohnes nicht aber darin, dass bei der Miete eine vom conductor zu leistende Arbeit, beim Trödelvertrag nur Zahlung der aestimatio oder Rückgabe der Sache Gegenstand des Vertrages ist. Chambon's Kritiker Brinz S. 6 legt ebenso unrichtig den Unterschied nicht in den Mangel, sondern in die Ungewissheit des Lohnes, aber er vergleicht nicht nur mit der l. c. operarum, sondern auch l. c. operis, denn auch der Trödler arbeitet in seinem Herzen wenigstens nicht minder als der Tagelöhner allemal um Lohn, nie ist seine Leistung ein gratuitum. »Brinz hat einfach Lohn mit Gewinn verwechselt«, sagt Reinhold S. 9 kurz und treffend.

In der Vergleichung zwischen Trödelvertrag und Mandat kommt Chambon unserer Ansicht bereits ganz nahe. Er sagt a. a. O. S. 103: »Mandator ist zur Erfüllung des übernommenen Auftrages, soweit es in seiner Macht steht unbedingt, darüber hinaus aber, wenn er sich nicht etwas besonderes zu Schulden kommen lässt, zu gar nichts verpflichtet«. Der Trödler dagegen »kann dem Wesen seiner Verbindlichkeit nach nicht einmal zum Weiterverkauf, ob-

gleich derselbe in der Absicht der Parteien lag, rechtlich angehalten werden, einmal, weil er nur alternativ zur Restitution der Sache oder der Schätzungssumme, durchaus aber nicht zur Entwicklung einer Geschäftsthätigkeit verpflichtet ist, zweitens weil dem Wesen des Contraktes zufolge ihm nicht zugemuthet werden kann, einen Vertrag abzuschliessen, der auf sein Risiko gehen würde«. Im Gegensatz hierzu bezeichnet jedoch Chambon kurz vorher die »Erwartung des Tradenten, dass der Empfänger eine gewisse die Veräusserung herbeiführende Thätigkeit vornehmen werde«, als »die dem Vertrage zu Grunde liegende Absicht, welche realisiert werden soll«.

Weit ab von dem u. E. richtigen Wege entfernt sich Brinz S. 11, wenn er den Unterschied darin findet, dass *mandatum nisi gratuitum nullum est*, indessen »die Trödler an der Verdienstangelegenheit, die ihnen der Kaufherr in dem Mehrerlös geboten, ihren Pfennig abnagen«.

Jedoch ist für das heutige gemeine und partikuläre Recht ein Entgelt mit dem Mandate wohl vereinbar. Für das preussische bezeugen dies die §§ 74—79 I 13 A.L.R., für das österreichische Recht B.G.B. § 1004, wo »nach dem Stande des Geschäftsträgers eine Belohnung als stillschweigend bedungen anzunehmen ist¹⁾«.

Liebert a. a. O. S. 37 scheidet scharf zwischen Mandat und Trödelvertrag »mag auch die Veranlassung, die Ausführung, der animus des Geschäfts dem des Mandats sich noch so sehr nähern, ... zum Mandate kann das Geschäft dadurch schon deshalb nie werden, weil das Moment der rechtlichen und wirtschaftlichen Abhängigkeit von einem fremden Machtgeber hier fehlt; der Trödler handelt frei

1) Vergl. Roeser, über den Begriff des Mandatskontrakts bei Gruchot, Bd. 7 S. 506, Gruchot, Glossen, Bd. 14 S. 321.

nach eigenem Ermessen, er führt das Geschäft allemal zu eigenem Recht«.

Dennoch ist nach Liebert der Trödler vertragsmässig verpflichtet — nicht zu verkaufen — wohl aber eine auf den Verkauf abzielende Thätigkeit zu entwickeln (S. 28), welche eine implicite versprochene Gegenleistung sein soll für die dem Trödler eingeräumte Verkaufsermächtigung und Gewinnchance. Hierin eben sieht Liebert eine der Eigentümlichkeiten des Trödelvertrages, dass nämlich »der eine ein vermögenswertes Recht einräumt, der andere dagegen eine gewisse, der Ausführung und dem Masse nach ihm selbst überlassene nach den Regeln der Billigkeit zu bemessende Thätigkeit zu entwickeln übernimmt«. Wie gedenkt nun Liebert die Klage des Tradenten aus dem Vertrage auf Vornahme dieser gewissen, implicite versprochenen, der Ausübung und dem Masse nach dem Beklagten überlassenen und nach den Regeln der Billigkeit zu bemessenden, Thätigkeit zu substantiieren? Zugegeben wird, dass die Hingabe der Sache an den Trödler in Erwartung einer vereinbarten selbständigen Gegenleistung erfolgt — hierin liegt ja das Wesen des Innominatkontrakts — die Gegenleistung besteht aber in unserem Innominatkontrakt nicht in einem *facere* — der auf den Verkauf binzielenden Thätigkeit — sondern in einem *dare* und zwar *reddere aut rem aut aestimationem*. Dementsprechend konstruiert Chambon S. 32 die Formel dahin: *Index esto. Quod Aulus Agerius Numerio Negidio mensam argenteam dedit, convenitque inter eos, ut aut mensa aut centum restituerentur, quidquid ob eam rem Numerium Nequidium Aulo Agerio dare facere oportet ex fide bona et reliqua*. Wohlweislich nimmt hier Chambon auf das *vendendum dare*, wiewohl er es wie oben bemerkt, als Begriffsmerkmal des *contractus aestimatorius* betrachtet, keine

Rücksicht, um die Grenzen der nur auf das reddere aut rem aut aestimationem gehenden Vereinbarung fest zu markieren.

Dieselben Gründe sprechen gegen die Ansicht Windscheids II § 383, der die Verpflichtung des Empfängers, sich um einen günstigen Verkauf zu bemühen von dem Sinne des Geschäftes abhängig macht und im Zweifel annimmt, »dass die Parteien diese Verpflichtung gewollt haben, es müsste denn die Hingabe des Verkaufs lediglich im Interesse des Empfängers liegen«. Das Interesse wird nun in den meisten Fällen ziemlich gleichmässig auf beiden Seiten vorhanden sein, und wo im Verkehr des täglichen Lebens die Verpflichtung des Nehmers, eine Verkaufsthätigkeit zu prästieren, gewollt erscheint, da ist anzunehmen, dass der Wille der Parteien auf die ihnen geläufigeren Vertragsformen des Mandats bzw. der Verkaufskommission gerichtet war. Unter diesen Gesichtspunkten wird der Richter die Vereinbarung zu beurteilen haben: Wo aber ein Trödelvertrag vorliegt, so ist m. E. im Zweifel anzunehmen, dass die Parteien im Gegensatz zu der Gebundenheit des Mandatars oder Kommissionärs dem Nehmer in Bezug auf die Behandlung der Sache volle Aktionsfreiheit gewähren wollten.

Derselben Ansicht ist Dernburg (Pand. II S. 311 Anm. 5): »Der Trödler ist nicht verpflichtet, sich um den Verkauf zu bemühen, wenn dies nicht besonders ausgemacht wird; er ist genügend durch die Aussicht auf den zu machenden Gewinn angespornt«.

Den Fall einer besonderen Abmachung trifft Lex 2 h. t.: »haec actio utilis est, et si merces intervenit«. Die a. praescriptis verbis — als directa, nicht als utilis wie Brinz S. 6 und 7 gegen Chambon S. 99 bewiesen hat — findet Anwendung, auch wenn ein besonderer Lohn durch

eine Nebenabrede ausbedungen ist, die dann natürlich dem Trödler die Pflicht zum Thätigwerden auferlegt¹⁾. Aus dem Vertrage an sich steht also dem Geber der Sache eine Klage auf Vornahme von Feilbietungshandlungen oder auf Schadenersatz wegen deren Nichtvornahme nicht zu. Denn in der Unterlassung einer Thätigkeit, zu der man nicht verpflichtet ist, liegt weder culpa noch dolus. Der Empfänger ist nur gehalten, nach den Anforderungen der bona fides und im Falle seiner Kaufmannseigenschaft mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns sich in Stand zu setzen, seine vertragsmässige Verpflichtung: aut rem ipsam incorruptam reddere aut aestimationem zu erfüllen. Wenn er in betrügerischer Absicht den Eigentümer zur Hingabe der Sache verleitet, so greift gegen ihn die a. doli Platz. Gegen betrügliche und schädigende Manipulationen des Trödlers schützt den Eigentümer innerhalb und ausserhalb des Konkurses unter den gesetzlichen Voraussetzungen sein Anfechtungsrecht²⁾. Jedenfalls thut der Eigentümer gut, sich den Mann, dem er seine Sache zu willkürlicher Verfügung anvertraut, näher anzusehen.

Die Legaldefinitionen des Trödelvertrages im preuss. Recht (§ 511 I 11 A.L.R.), im österreichischen Recht (B. G.B. § 1086), im sächsischen Recht (B.G.B. § 1291) sprechen übereinstimmend von einer Uebergabe zum Verkauf bzw. einer Ueberlassung zum Zwecke des Verkaufes, ohne jedoch dem Nehmer eine Verpflichtung, sich um den Verkauf zu bemühen, aufzuerlegen³⁾.

1) Friedrichs S. 12, Liebert S. 30, Merkel in Weiske's Rechtslexikon, S. 542 Anm. 34 »utilis« = dienlich, nützlich.

2) K.O. vom 10. Februar 1877, III. Titel, Gesetz betreffend die Anfechtung von Rechtshandlungen eines Schuldners ausserhalb des Konkursverfahrens vom 21. Juli 1879.

3) Näheres s. bei Friedrichs S. 13, Gruchot Bd. 12 S. 150.

Was oben über die Hingabe zum Verkauf beim Trödelvertrag gesagt worden, gilt in vollem Umfange für das Konditionsgeschäft, und die Uebergabe der Bücher à condition sehen wir durch alten Geschäftsgebrauch bindend unter dieselben Gesichtspunkte gestellt, die wir an der Hand dispositiver Normen des kodifizierten Rechts in Bezug auf den Trödelvertrag gefunden haben ¹⁾. Wenn wir nun an dieser Stelle und des Weiteren eine merkwürdige Uebereinstimmung zwischen den beiden so verschiedenen Rechtsquellen entstammenden Rechtsinstituten finden, so erklärt sich dies aus dem Einfluss römischer Rechtsnormen auf die Bildung deutschen Gewohnheitsrechtes; und wenn wir das Konditionsgeschäft in Beziehung setzen zu dem *contractus aestimatorius* und jenes Rechtserzeugniss des modernen deutschen Verkehrslebens unter die Normen des römischen Rechts zu stellen versuchen, so rechtfertigt sich das Unternehmen nach Waechters treffender Ausführung (a. a. O. S. 499) dadurch, dass die Prinzipien des römischen Rechts als die begriffsmässigen Normen des privatrechtlichen Verkehrs anzusehen sind, und dieser selbst »in seinen Grundlagen stets derselbe bleibt«, wiewohl er »in dem modernen Verkehrsleben eine der ursprünglichen Rechtsbildung nach unbekannte Mannigfaltigkeit von Abzweigungen gewonnen hat«.

Wie bei dem Trödelvertrag, so entscheidet sich auch beim Konditionsgeschäft aus der Absicht der Parteien, welche der Uebergabe des Objekts zu Grunde liegt, die Frage, ob der Nehmer ähnlich, wie aus einem Mandat, Kommissions- oder Mietsvertrag zur Vornahme von Verkaufshandlungen verpflichtet sei. Eine solche Pflicht wird

1) Friedrich S. 13 f., Buhl S. 165, Waechter in G.Z. Bd. 2 S. 510, Weidling S. 77 f.

natürlich zunächst von denen angenommen, welche wie Gerber a. a. O. das Konditionsgeschäft als Kommissionsgeschäft ansehen. Auch Waechter (S. 496) findet darin, dass der Sortimentshändler die ihm vom Verleger übersandten Exemplare »zum Vertrieb in seinem Geschäfte übernimmt«, eine Aehnlichkeit zwischen Konditionsvertrag und Mandat und betrachtet es (S. 503) als den Zweck der Zusendung der Novitäten, »dass die Sortimentshändler sie auf seinem Lager zum Absatze bereit halte und ausbiete und insofern bloss die Funktion eines Kommissionärs ausübe«.

Zweifellos erfolgt die Hingabe der Bücher an den Sortimenter zum Verkauf, denn dies ist im Handel der bei weitem gewöhnlichste Weg des Absatzes von Waren, an ihn denkt der Verleger naturgemäss zuerst, wenn er dem Sortimenter, der gewerbsmässig den Verkauf von Büchern betreibt, seine Ware übergiebt. In den meisten Fällen geht auch die Absicht des Sortimenters bei Annahme der Bücher dahin, diesen gewöhnlichsten Weg des Absatzes einzuschlagen. Vor allem aber ordnen sich die Intentionen der Parteien den Anforderungen des buchhändlerischen Verkehrs unter. Diese und die Lage seines Geschäfts frei beurteilen und dementsprechend seine Thätigkeit gestalten zu dürfen, dieses Rechtes wird sich der Sortimenter nicht begeben wollen und nur unter Vorbehalt dessen nimmt er die Bücher in Kondition, wenn nicht ausdrücklich die Leistung besonderer Feilbietungshandlungen verabredet ist. So wird andererseits auch der Verleger durch Zusendung der Bücher nicht ohne weiteres eine vertragsmässige Verpflichtung des Sortimenters, sich um den Verkauf der Bücher zu bemühen, für begründet erachten, sondern er überlässt seine Bücher der willkürlichen, jedoch von Treue und Glauben geleiteten Behandlung des Sorti-

menters. Die unbeschränkte Aktionsfreiheit des Sortimenters entspricht nach übereinstimmender Ansicht Schürmanns, Buhls, Weidlings u. a. m. den allgemeinen Anschauungen und Bedürfnissen des buchhändlerischen Verkehrs. Der Sortimenter kann den Vertrieb der Bücher durch Kolportage betreiben, er kann sie weiter in Kondition geben, er kann, wie Schürmann (die Usancen des deutschen Buchhandels S. 16) sagt: »die à condition erhaltenen Artikel seinem Lager einreihen, ohne sich weiter um den Absatz zu bemühen, er kann sie auch unausgepackt lassen und von vornherein zur Verfügung des Verlegers halten, ohne diesem eine Notiz über sein Verfahren schuldig zu sein«. Buhl will indessen dem Verleger, trotzdem ihm ein kontraktmässiger Anspruch auf die entsprechende Thätigkeit des Sortimenters nicht zustehe, das Recht einräumen, die à condition übersandten Bücher auch vor Ablauf der usancemässigen Remissionszeit zurückzufordern, sobald der Sortimenter den Verkauf vernachlässigt. Diese Ansicht steht jedoch nicht nur, wie Weidling S. 77 ausführt, in scharfem Gegensatz zu den im Buchhandel herrschenden Anschauungen, sondern sie verkennt auch, dass die »dolose« Vernachlässigung einer Thätigkeit, zu der man nicht verpflichtet ist, rechtliche Folgen nicht haben kann. Das Verfügungsrecht des Sortimenters enthält natürlich als Hauptbestandteil die Ermächtigung zum Verkauf, die Friedrichs auch beim Trödelvertrage in dem »vendendum dare« ausgedrückt findet. Das Verkaufsrecht des Sortimenters aber auf Art. 306 H.G.B. zu gründen, wie Weidling (S. 141) es thut, ist durchaus verkehrt, denn der Umstand, dass unter gewissen Bedingungen der redliche Erwerber einer Sache deren Eigentum erwirbt, verleiht dem Verkäufer noch nicht das Recht Eigentum zu übertragen.

Bildet das *vendendum dare*, im Sinne eines Verkaufensollens weder im Trödelvertrag noch im Konditionsgeschäft ein begriffsbestimmendes Merkmal, so ist es für die Verkaufskommission der wesentlichste Bestandteil des Vertrages; begründete die Hingabe zum Verkauf dort lediglich ein allgemeines Verfügungsrecht des Empfängers, so folgt ihr hier die Pflicht des Empfängers, den Verkauf nach Möglichkeit zu betreiben.

Nach aussen hin zeigt der Verkauf durch den Trödler, Sortimenter und Kommissionär dasselbe Gesicht, der Verkäufer schliesst stets in eigenem Namen ab, und analog dem Abs. 2 des Art. 360 H.G.B. lässt sich für die 3 Verträge sagen: durch die Geschäfte, welche der Nehmer der Sache mit Dritten abschliesst, wird er allein berechtigt und verpflichtet. Zwischen dem Geber und dem Dritten entstehen daraus keine Rechte und Pflichten. Und ebenso wie nach Abs. 3 Art. 360 das Kommissionsgeschäft, so schliesst auch Konditionsgeschäft und Trödelvertrag die Bestimmung des Gebers aus, dass das Geschäft in dessen Namen abgeschlossen werden soll. Es liegt sodann nur ein gewöhnlicher Auftrag zu einem Handelsgeschäft bzw. zum Verkaufe vor.

Die Verschiedenheit zwischen Konditionsgeschäft und Trödelvertrag einerseits und der Verkaufskommission andererseits beruht in dem Innenverhältniss zwischen Eigentümer und Empfänger, bzw. Verkäufer, und was im Vorhergehenden über die Beziehungen des Trödelvertrages und des Konditionsgeschäfts zum Mandat gesagt worden ist, das gilt auch bezüglich des Kommissionsgeschäftes, das in seinen wesentlichen Bestandteilen auf Rechtsbegriffen des Mandats beruht und vom H.G.B. den Bedürfnissen und Interessen des Verkehrs entsprechend ausgebaut und nor-

miert worden ist. Art. 361 H.G.B. legt dem Kommissionär eine 4fache Pflicht auf:

1) Das Geschäft im Interesse des Kommittenten gemäss dem Auftrage auszuführen. Er hat den Weisungen des Kommittenten zu folgen und darf selbst nicht im vermeintlichen Interesse des Kommittenten gegen dessen Verbot handeln (R.G. Entsch. VI S. 313). Der Kommissionär hat, wie der Mandatar, eine auf den Verkauf der Sache hinzielende Thätigkeit zu entfalten, er ist in jedem Stadium dieser Thätigkeit an die Weisungen des Kommittenten gebunden, er ist in keinem Augenblick, wie der Trödler und Sortimenter stets, Herr des Geschäfts.

2) Dem Kommittenten die erforderlichen Nachrichten zu geben, insbesondere nach der Ausführung des Verkaufs Anzeige zu erstatten. Diese Anzeigepflicht liegt mangels dahingehender Vereinbarung dem Trödler und Sortimenter nicht ob, ein rechtliches Interesse haben die Contrahenten derselben an dem Vollzuge des Verkaufes nicht, ein tatsächliches gewöhnlich nur dann, wenn allein der Verkauf der Sache dem Nehmer die Zahlung des Taxpreises ermöglicht.

3) Rechenschaft über das Geschäft zu geben. Auch diese Pflicht ist dem Sortimenter und Trödler, die ein eigenes Geschäft führen, fremd.

4) Dem Kommittenten dasjenige zu leisten, was er aus dem Geschäft zu fordern hat. Hiermit ist die Abführung des Erlöses, die Herausgabe von Sachen, Abtretung von Forderungen gemeint. Die Verpflichtung des Sortimenters und Trödlers geht lediglich alternativ auf die Rückgabe oder Zahlung des Taxpreises.

Als Beauftragter trägt der Kommissionär nicht die Gefahr für das mit dem Dritten abgeschlossene Geschäft, sie trägt allein der Kommittent als Geschäftsherr, ebenso

wie der Sortimenter und Trödler das Risiko des eventuellen Weiterverkaufs tragen.

Jedoch kann auch der Kommissionär in Gemässheit der Bestimmungen des Art. 370 das Risiko des Geschäfts insofern übernehmen, als er dem Kommittenten für die gehörige Erfüllung seitens seiner Kontrahenten im Zeitpunkte des Verfalls unmittelbar und persönlich verhaftet ist. Dies sog. decredere-Stehen bringt die Stellung des Kommissionärs der des Sortimenters und Trödlers sehr nahe, ändert jedoch an der juristischen Natur des Kommissionsvertrages nichts und macht das Geschäft des Kommissionärs nicht zu dessen eigenem.

»Handelt der Kommissionär nicht dem übernommenen Auftrage gemäss, so ist er dem Kommittenten zum Ersatze des Schadens verpflichtet; der Kommittent ist nicht gehalten, das Geschäft für seine Rechnung gelten zu lassen«. (Art. 362 H.G.B.). Dem Kommittenten steht somit aus dem Vertrage selbst die Schadenersatzklage zu. Er muss das Zuwiderhandeln gegen den übernommenen Auftrag beweisen, seinen Schaden spezialisieren und den ursächlichen Zusammenhang zwischen der vertragswidrigen Thätigkeit bzw. Unthätigkeit des Kommissionärs und seinem Schaden darthun.

Dagegen liegt, wie oben ausgeführt, für eine Schadenersatzklage des Eigentümers gegen Sortimenter und Trödler das Fundament nicht im Vertrage, da hier eine auftragswidrige Thätigkeit des Trödlers oder Sortimenters nie vorliegen kann. Das weitere aus dem vertragswidrigen Thun des Kommissionärs folgende Recht des Kommittenten nach Art. 362, das auftragswidrig abgeschlossene Geschäft des Kommissionärs als nicht für seine Rechnung abgeschlossen gelten zu lassen, findet beim Trödel- und Konditionsgeschäft kein Analogon, da Trödler und Sortimenter

von vornherein stets für eigene Rechnung kontrahieren. In einem Punkte wird die rechtliche Stellung des Kommissionärs der des Trödlers und Sortimenters sehr ähnlich, dann nämlich, wenn der Kommissionär in Gemässheit der Bestimmungen des Artikel 376 H.G.B. als Selbstkontrahent in den Vertrag eintritt, d. h. die Sache käuflich selbst übernimmt. Für den Trödler und Sortimenter folgt dieses Recht aus seiner unbeschränkten Aktionsfreiheit, ebenso wie er die Sache verschenken, weiter vertrödeln bzw. in Kondition geben, derelinquieren, verpfänden, darf er sie auch als Selbstkäufer behalten. Man kann daher beim Trödelvertrage und Konditionshandel von einem besonderen Selbsteintrittsrecht, wie beim Kommissionsgeschäft nicht reden, denn während es dort aus der Natur des Vertrages folgt, in welchem der Empfänger der Sache selbständiger Unternehmer ist, bildet es bei der Kommission ein durch das Gesetz statuiertes und in bestimmten Grenzen gehaltenes Ausnahmerecht des Kommissionärs und widerspricht eigentlich der Stellung desselben als Bevollmächtigten und Vertreters des Kommittenten. Wer daher die hierin enthaltene Verschiedenheit zwischen Kommissionär einerseits und Trödler und Sortimenter andererseits nicht anerkennt und auch im vendendum dare und im Konditionsgeschäft ein mandatsähnliches Geschäft sieht, ist genötigt dem Empfänger der Ware neben seiner Verkaufspflicht diese Befugniss durch den Geber besonders einräumen zu lassen.

So ist nach Liebert S. 17 die Absicht der Parteien eine zweifache: »Es soll nämlich der Trödler erstens den Verkauf der Sache an Dritte versuchen und zweitens berechtigt sein, selbst Käufer zu werden; in letzterem Bestandteil liegt nichts anderes, als eine Verkaufsofferte«. »Massgebend ist der Wille der Parteien«, sagt Liebert weiter S. 45 und fragt: »Was wollen dieselben? Sie

wollen, dass der eine die Sache des andern übernehme und ihren Verkauf an Dritte versuche. Dies war der Hauptzweck des Geschäfts und nur daneben wurde dem Empfänger das Recht eingeräumt, selbst zu kaufen — hierin lag also nichts anderes als eine Kaufsofferte. Dasselbe Recht finden wir in dem Eintrittsrecht des Kommissionärs wieder«.

Dass im täglichen Verkehr des Lebens eine dergestalt differenzierte Vertragsabsicht der Parteien stets eher das auf ihnen geläufigere Mandat und Kommissionsgeschäft als auf den *contractus aestimatorius* hinzielt, bedarf nach den Erörterungen an bezüglichen Stellen hier kaum mehr der Erwähnung. Auf derselben unrichtigen Annahme der Mandatsnatur im Trödelvertrage und Konditionsgeschäft, beruht *Waechters* (S. 492 a. a. O.) Meinung, dass das Recht des Sortimenters, die Bücher selbst zu behalten, eine neben dem hauptsächlichen Inhalt des Vertrages bestehende besondere Befugniss sei: »Das Wesen des in Frage stehenden Verhältnisses ist eben das, dass die Novitäten auf dem Lager des Sortimentshändlers zum Verkauf gehalten, nicht aber schon verkauft sein sollen«. »Allerdings kann er nebenbei auch für sich und sein eigenes Lager Exemplare auf fester Rechnung behalten, allein dies thut er bloss beiläufig«.

Wir dagegen sehen den Unterschied darin: Der Selbsteintritt des Kommissionärs macht dem Vollmachtsverhältniss ein Ende, es tritt ein Kaufgeschäft an die Stelle der Kommission; Trödelvertrag und Konditionsgeschäft aber werden in ihrer juristischen Natur durch Behalten der Ware zu eigener Rechnung des Empfängers nicht berührt. »Der Selbsteintritt« ist hier lediglich die Bethätigung der vertragsmässigen Spekulationsfreiheit des Empfängers.

Denselben Standpunkt vertritt *Reinhold* (der Trödel-

vertrag, Wien 1894, S. 18), indem er aus dem Rechte des Trödlers mit der Ware ganz nach Belieben schalten und walten zu können, folgert, dass er sie auch selbst gebrauchen und verkaufen könne. Zu einem den hier dargelegten Ansichten widersprechenden Resultat gelangt Weidling (a. a. O. S. 109), trotzdem auch er dem Sortimenter völlige Aktionsfreiheit zubilligt. In der praktischen Erwägung, dass der Sortimenter, dessen Kredit erschüttert sei, der nichts in Rechnung, sondern nur gegen Baar erhalte, das bei ihm noch vorhandene Konditionsgut nicht dadurch dem Vindikationsrecht des Verlegers entziehen dürfe, dass er plötzlich erklärt, es als Selbstkäufer behalten zu wollen, will Weidling einer solchen Erklärung des Sortimenters, falls sie nicht vom Verleger ausdrücklich genehmigt ist, jegliche Bedeutung absprechen, dem Sortimenter somit jenes Recht nehmen. Gegenüber dieser Beschränkung des Sortimenters in seiner Dispositionsfreiheit zu Gunsten des Verlegers ist darauf hinzuweisen, dass in diesem Verfügungsrecht sich der Kredit äussert, den der Verleger dem Sortimenter durch die Sendung *à condition* gewährt, der nur zeitlich durch den Remissionstermin beschränkt ist, und dessen Folgen der Verleger, wie jeder andere Geschäftsmann zu tragen hat. Ihre Widerlegung findet Weidlings Ansicht durch Friedrichs (a. a. O. S. 14), der Bezug nimmt auf Weidlings eigene Auffassung des Konditionsgeschäftes als bedingten Kaufes und auf die Usance, welche selbst zwischen Verlagsbuchhändlern, die notorisch kein Sortimentsgeschäft betreiben, zur Vervollständigung ihrer Privatbibliotheken Konditionsgeschäfte gestattet.

II. Die Abschätzung.

Das zweite Stück des Trödelvertrages nach der Brinz'schen Definition ist die *aestimatio*, d. h. die die Festsetzung

einer Summe, die der Empfänger der Sache, falls er die Sache selbst nicht zurückgibt, an deren Stelle zu leisten hat. Anfänglich war sie lediglich Nebenabrede, sodann drückte sie den Verträgen, die sie begleitete, das Gepräge des Kaufes auf und wurde schliesslich im *contractus aestimatorius* selbständige klagbare Vertragsform. Diesen Entwicklungsgang hat Chambon a. a. O. S. 10—33 erschöpfend dargestellt. Eine kurze Wiedergabe seiner Ausführungen ist m. E. für die Erkenntniss des juristischen Wesens der dem Vertrag eigentümlichen *aestimatio* und somit für die Beantwortung wichtiger den Vertrag selbst betreffender Fragen notwendig.

Die *aestimatio* als Abschätzung des Wertes einer Sache tritt zu Verträgen, auf Grund deren Objekte mit der Verpflichtung künftiger Restitution hingegeben werden. Die Rechtswirkungen der *aestimatio* sind verschieden.

Als *aestimatio taxationis causa* geschieht sie, ohne die kontraktsmässige Haftungspflicht zu berühren, um für den Fall der Unmöglichkeit der Restitution der Objekte deren Wert zu bestimmen. Auch kann daneben die Haftpflicht bis zur Verbindlichkeit für *custodia* erhöht werden. Diese beiden Arten sind als Ausnahme anzusehen gegenüber der *aestimatio*, durch welche die Gefahr für den die Sache betreffenden Zufall übertragen wird, d. i. *aest. venditionis causa*. Hierdurch wird der Vertrag dahin modifiziert, dass der Nehmer der Sache verpflichtet wird, im Falle des Untergangs der Sache den Taxpreis zu bezahlen. Das ursprüngliche Geschäft, das die *causa* des Sachübergangs darstellt, sei es nun *loc. conductio*, wie in L. 54 § 2 D. *loc. con.* 19. 2 sei es *Kommodat*, wie in L. 5 § 3 D. *comm.* 13. 6 sei es *Pfandvertrag*, wie in l. 16 § 9 D. *de pignori-* bus 20. 1, gewinnt durch die *aestimatio* im Augenblick des Unterganges der Sache das Ansehen eines Kaufes, der Em-

pfänger der Sache (Mieter, Kommodatar, Pfandgläubiger), der a priori zur Rückgabe der Sache verpflichtet war, erhält mit dem Untergange der Sache Rechte und Pflichten des Käufers, er wird den Taxpreis schuldig.

Während hier die aestimatio in ihrer hauptsächlichen Wirkung die Gefahr auf den Empfänger überträgt und nur eventuell, für den Fall des Sachuntergangs, den ursprünglichen Kontrakt in einen Kauf verwandelt, kann die aestimatio nach Absicht der Parteien dem Geschäft sofort die Wirkung des Kaufes beilegen, ohne dass sie ihren Charakter als Nebenvertrag verliert.

Bei der *dos venditionis causa aestimata* ist der Ehemann von vornherein verpflichtet, nach Auflösung der Ehe nicht die Gegenstände der *dos* selbst, sondern nur den Taxpreis zu erstatten.

L. 10 D. de jure dot. 23. 3: § 4. *Secutis igitur nuptiis, aestimatio rerum perficitur, et fit vera venditio.* § 5. *aestimatio enim venditio est.* Die Klage aus der *dos* ist folgerecht die *a. emti venditi*: Const. 10 Cod. de jure dot. 5. 12. »*Quum dotem te aestimatam accepisse profitearis, apparet jure communi, per pactum, quod doti insertum est, formato contractu ex emto actionem esse.*

Eine gleichartige aestimatio finden wir bei der Verpachtung des Grundstücks, wenn der Pächter das instrumentum abgeschätzt übernimmt: L. 3 D. locati 19. 2: *Quum fundus locetur et aestimatum instrumentum colonus accipiat, Proculus ait, id agi, ut instrumentum emtum habeat colonus, sicuti fieret, quum quid aestimatum in dotem daretur.*

Auch beim Kommodat, Depositum und pignus findet sich nach *Chambons* überzeugender Beweisführung (a. O. S. 25 f.) eine aestimatio mit der geschilderten Wirkung eines unbedingten Kaufes.

So hat die *aestimatio venditionis causa*, je nach Absicht der Parteien eine zweifache Funktion; entweder soll sie in der Hauptsache dem Nehmer die Gefahr für den Untergang der Sache aufbürden — infolgedessen wird im Falle des Untergangs der Sache der Nehmer, der dann den Taxpreis zu zahlen hat, zum Käufer — oder sie legt dem Geschäft sofort die Wirkung des Kaufes bei; der Nehmer hat lediglich den Taxpreis zu zahlen und schon in seiner Eigenschaft als Käufer die Gefahr zu tragen. In allen erörterten Fällen aber lehnte sich die *aestimatio*, sei es nun, dass sie nur *taxationis causa* geschah, sei es, dass sie den Effekt eines vom Untergang der Sache bedingten oder unbedingten Kaufes hatte, an ein Rechtsgeschäft an, welches den Rechtsgrund der Tradition der ästimateden Sache darstellte. Zur Durchführung der Wirkungen der *aestimatio* stand zunächst nur die Kontraktsklage und mit Rücksicht auf das reale Moment der Sachübergabe die Klage aus dem unbenannten Realvertrag offen, erst die Konstitutionen geben, wie oben bemerkt, für den Fall der *dos vend. causa aestimata* die *a. empti venditi*.

Den Abschluss ihrer Entwicklung fand die *aestimatio* im *contractus aestimatorius*: Die Sache wird bei der Uebergabe abgeschätzt und der Nehmer verbunden, entweder die Sache zurück oder den Taxpreis zu erstatten. Hier wird die Zahlung der Schätzungssumme nicht abhängig gemacht vom Untergang, hier ist sie auch nicht als unbedingt vereinbart — wie bei der Uebernahme des taxierten *instrumentum fundi* oder bei der *dos vend. causa aest.* —; die Zahlung unterliegt hier lediglich der Willkühr des Empfängers.

Doch nicht nur in dem Wahlrecht, das im Falle der L. 10 § 6 D. de jure dotium auch der Ehemann zwischen Rückgabe der Dotatobjekte oder Zahlung der Taxsumme

haben kann, liegt das charakteristische dieser aestimatio, sondern auch darin, dass hier die Uebergabe sich nicht auf dos, Kauf, Miete oder ein anderes Rechtsgeschäft, dem die aestimatio attachiert wird, stützt, sondern auf die aestimatio selbst als causa traditionis. Die aestimatio steht auf eigenen Füßen, sie ist selbst »Inhalt des abgeschlossenen Vertrages«. Da hier keine der benannten Kontraktsklagen für den neuen Thatbestand passte, wurde eine besondere Klage notwendig, und eine solche bot sich, gestützt auf das reale Moment der Uebergabe, in der a. praescriptis verbis.

Von der obigen, im wesentlichen Ch a m b o n s Ausführungen sich anlehnender Darstellung — weicht W e n d t s Auffassung vom Wesen der aestimatio im contractus aestimatorius — vielfach ab.

Die aestimatio erscheint ihm (in J h e r i n g s Jahrb. Bd. 22) als durchaus belanglos für das Wesen des Trödelvertrages. W e n d t nimmt für alle Verträge, welche die Restitutionspflicht des Empfängers einer Sache enthalten, — seien es Realverträge oder nicht — eine gleichartige aestimatio an, die als nicht notwendiges, wohl aber häufiges pactum adjectum des Vertrages in Beziehung zu der Restitutionspflicht steht. Das Wesen des Vertrages selbst liegt nach W e n d t in der Uebergabe zum Verkauf, in dem vendendum dare. Die Wirkung der eventuell bei der Uebergabe der Sache erfolgten aestimatio könne der Vertragswille entweder so gestalten, dass die Schätzung lediglich ein späteres arbitrium in litem ersparen soll, oder so, dass die aestimatio die vertragsmässige Haftung des Schuldners erhöhe, dass also die aestimatio die Uebernahme einer Versicherung seitens des Schuldners bedeute, als deren Prämie der erzielte Preisüberschuss anzusehen sei. Dass richtiger Ansicht das vendendum dare im Essentiale

des Vertrages nicht ist, ergibt sich, wie oben dargethan, daraus, dass der Verkauf der Sache wohl den Intentionen der Parteien, insbesondere des Gebers, entsprechen kann, nicht aber den eigentlichen Zweck des Geschäfts darstellt.

Es fragt sich nun, ob der Wille der Parteien, der auch nach W e n d t für das Verhältniss der aestimatio zum Trödelvertrag massgebend ist, sich in einer der von W e n d t angegebenen beiden Richtungen bewegt. Wenn Jemand nach vorheriger Abschätzung eine Sache einem Andern mit der Massgabe übergibt, dass der Nehmer entweder den Schätzungspreis bezahle oder die Sache restituire, so erschöpft sich der dieser Abschätzung zu Grunde liegende Wille doch nicht damit, den Wert der Sache mit Rücksicht auf einen eventuellen Prozess, in welchem der Wert streitig werden könnte, festzulegen, um das arbitrium litis zu ersparen.

Ebensowenig ist die Willensrichtung der Parteien dadurch gekennzeichnet, dass bloss die kontraktliche Haftpflicht des Nehmers erhöht werden und ihm der etwaige Mehrerlös als Risikoprämie zufallen solle.

Schon bei der *dos vend. causa aestimata* und der Uebergabe des abgeschätzten Gutsinventars an den Pächter erfolgt die Abschätzung nicht zunächst, um dem Ehemann resp. Pächter die Haftung für zufälligen Untergang der übergebenen Objekte aufzuerlegen, sondern vorwiegend, um den an Stelle der Objekte unbedingt zu zahlenden Kaufpreis zu fixieren, und nur eine Folge hiervon ist, dass der Ehemann bzw. Pächter als Käufer auch die Gefahr trägt »*Aestimatio enim venditio est*«

»— *et fit vera venditio*«.

Augenscheinlicher noch äussert sich der Verkaufswille im Trödelvertrag. Es liegt doch in der Natur des Geschäfts, dass der Vertragsgenosse des Trödlers, wenn er

die Abschätzung der an diesen zu übergebenden Sache vornimmt, hierdurch lediglich den ihm vom Trödler eventuell zu bezahlenden Preis festlegen will und erst in zweiter Reihe an die Uebertragung der Gefahr des zufälligen Untergangs denkt. In der aestimatio kommt der Vertragswille der Parteien zum Ausdruck, nicht, wie ich oben ausgeführt habe, im vendendum dare. Der Wille des Eigentümers der Ware geht darauf hin, an den Trödler zu verkaufen, ist jedoch in seiner Verwirklichung abhängig von der freien Entschliessung des Trödlers; der Wille des Trödlers ist: nach späterem Ermessen entweder die Sache zurückzugeben, oder sie zu behalten und die Aestimationssumme als Kaufpreis zu bezahlen.

Die aestimatio ist also ein notwendiges Requisit, ja sogar der ganze Inhalt des contractus aestimatorius. Ueberall dort, wo sie als Nebenvertrag zu einem Hauptvertrage hinzutritt, kann die aestimatio in Beziehung auf die Sachrestitution eine der beiden Bedeutungen haben: blosse Wertbestimmung oder Uebertragung der Haftpflicht für zufälligen Untergang auf den Empfänger, die facti interpretatio hat im Einzelfalle den Vertragswillen zu erkunden, beim Trödelvertrag hat die aestimatio stets nur den Sinn, den vom Trödler eventuell zu zahlenden Kaufpreis festzusetzen.

Eine Bestätigung unserer Ansicht finden wir bei Windscheid (a. a. O. 388) »Dies ist namentlich dann der Fall, wenn die Sache unter Festsetzung eines Preises mit der Bestimmung hingegeben wird, dass der Empfänger unter allen Umständen frei sein solle, wenn er diesen Preis zurückgebe.

Hierin ist ausgesprochen, dass bei der Abschätzung beide Parteien die eventuelle künftige Zahlung des festge-

setzten Preises als Hauptsache im Auge haben. Wer einem Trödler eine Sache mit der genannten Abrede übergibt, dem liegt daran, dass der Trödler den Taxpreis bezahle, nicht aber, dass er versicherungsmässig das *periculum rei* übernehme. Dies hindert nicht, dass der Trödler durch besondere Vereinbarung die Haftpflicht übernimmt; auch braucht die Versicherungssumme nicht von gleicher Höhe zu sein, wie der Taxpreis (Liebert S. 59). Jegliche Bedeutung aber will Wendt der *aestimatio* in dem nach ihr benannten Kontrakte nicht nehmen. Er sagt a. a. O. S. 381: »Zugegeben mag wohl werden, dass beim *vendendum dare* die Veranlassung zur *Aestimatio* des Objekts viel näher lag, als in den sonstigen Fällen, und dass sie gleichsam durch den Zweck der Uebergabe, welcher doch Erzielung und Ablieferung eines *pretium* ist, schon herbeigeführt werden mochte. Wer noch gar nicht an andere Absichten der *aestimatio* denken will, mag schon deswegen dieselbe für wünschenswert halten, um die Erwartungen des Gebers in Ansehung des gehofften zu erzielenden Preises bestimmt auszudrücken und zugleich eine Bedingung des *vendendum dare* damit zu setzen: Der Verkauf soll nicht anders als innerhalb einer Minimalgrenze des Preises zur Ausführung gebracht werden«.

So ist auch nach Wendt der Zweck der Uebergabe die Ablieferung eines *pretium*, und doch ist ihm die bei der Uebernahme vorgenommene *aestimatio* nicht, wie es so nahe liegt, eine Festsetzung des *pretium*, sondern die versicherungsmässige Uebernahme der Gefahr; in Bezug auf das *pretium* sei die *aestimatio* lediglich der bestimmte Ausdruck der Erwartungen des Gebers in Ansehung des gehofften, zu erzielenden Preises.

Wer einen anderen kontraktlich verpflichten will, wie hier der Eigentümer den Trödler: *aut ipsam rem reddere*

aut aestimationem, de qua convenit, der wird sicherlich seinem animus obligandi einen bestimmteren Ausdruck verleihen, als in Erwartungen und Hoffnungen. Wollte ferner der Geber durch die aestimatio dem Trödler eine Minimalgrenze des Preises festsetzen, innerhalb welcher dieser verkaufen sollte, dann wäre, wie Liebert a. a. O. S. 85 sagt: »Das Verhältniss Mandat und der Trödler allenfalls ein delcredere stehender Kommissionär«.

Im gleichen Irrtum befindet sich Chambon (S. 90), indem er meint, die Aestimation werde, wenn auch nicht ausschliesslich, doch vorzugsweise, wie beim Mandat, zu dem Zwecke vorgenommen, um dem Empfänger der Sache anzugeben, wie teuer er verkaufen solle. Brinz weist diese Ansicht treffend mit den Worten (a. a. O. S. 40) zurück: »Falsch ist, dass irgend einmal im Trödelvertrage aestimiert wird, um den Empfänger der Sache anzugeben, wie teuer er verkaufen soll; der Herr aestimiert, damit der Trödler wisse, nicht wie teuer er verkaufen, sondern wieviel Geld er heimbringen muss; wie teuer er verkaufe, das ist seine Sache; das Recht auf Mehrerlös, unserem Kontrakte wesentlich, wäre sonst undenkbar«.

Die aestimatio muss den Preis fest bestimmen. Daher kommt der contractus aestimatorius sowohl dann nicht zu Stande, wenn nach Chambons Worten (S. 52) »eine Sache mit der üblichen Redensart, zum bestmöglichen Preise zu verkaufen, übergeben worden ist«, als auch dann nicht, wenn die Höhe des eventuell dem Geber zu zahlenden Preises dem blossen Zufall überlassen oder in die schrankenlose Willkür des Empfängers gestellt wird. (Friedrichs S. 5). Dagegen lässt sich das arbitrium des Dritten über die Höhe der heimzubringenden Taxsumme mit dem Wesen der aestimatio durchaus vereinen.

In Uebereinstimmung mit dem gemeinen Recht sta-

tuieren die Partikularrechte: preussisches, bayrisches, sächsisches, österreichisches Recht in ihren Legaldefinitionen die aestimatio als Begriffsmerkmal des Trödelvertrages.

A.L.R. § 511 I 11 spricht von Uebergabe »für einen bestimmten Preis«, den der § 1086 des österreichischen bürgerlichen Gesetzbuches ausdrücklich als Kaufgeld bezeichnet: »Wenn jemand seine bewegliche Sache einem anderen für einen gewissen Preis zum Verkaufe übergibt, mit der Bedingung, dass ihm der Uebernehmer binnen einer festgesetzten Zeit, entweder das bestimmte Kaufgeld liefern. . . .«

Bezüglich des Konditionsgeschäftes unterliegt¹⁾ es keinem Zweifel, dass jedesmal mit dem Abschluss eines solchen Geschäfts eine aestimatio der Bücher erfolgt, und zwar stets zu dem Zwecke, den vom Sortimenten an den Verleger im Falle der Nichtrückgabe der Bücher zu zahlenden Preis zu bestimmen. Ohne eine solche Preisbestimmung wird ein Konditionsvertrag nicht geschlossen.

Der Preis wird nun entweder als »Nettopreis« in Höhe des Betrages bestimmt, den der Sortimenter, falls er nicht bis zur Ostermesse die Bücher selbst zurückgibt, an den Verleger abzuführen hat, oder als sogenannter »Ladenpreis« unter gleichzeitiger Angabe des Rabatts d. h. des Gewinnanteils des Sortimenters. Nach Abzug des Rabatts, der in der Regel 25 % des Ladenpreises beträgt, stellt sich der Nettopreis heraus. Ebenso wenig, wie die aestimatio den Trödler dem dritten Käufer gegenüber an einen bestimmten Preis der Sache bindet, verpflichtet die Bestimmung des Ladenpreises den Sortimenter, denselben beim Verkaufe einzuhalten.

1) Friedrichs S. 6; Weidling S. 28, 29, 68—75, Waechter S. 485, Buhl S. 30, 34.

Da der Sortimenter Verkaufsbemühungen nicht zu prästieren, sondern im Gegensatz zum Beauftragten und Kommissionär dem Verleger gegenüber als selbständiger und mit eigenem Risiko disponierender Unternehmer auftritt, so kann er nach Belieben über oder unter dem Ladenpreis verkaufen.

»Und dieses Recht, an keinen Ladenpreis gebunden zu sein, lässt sich auch heute noch auf dem Grunde der herrschenden Usance nachweisen«. (Weidling S. 73). Dass nun thatsächlich der Ladenpreis die Verkaufsgrenze in den meisten Fällen bildet, hat seinen Grund in der Konkurrenz, den Preisveröffentlichungen der Verleger und nicht zum wenigsten in dem gegen den Schleuderhandel gerichteten »Bewusstsein des buchhändlerischen Zusammenhangs« (Waechter a. a. O. S. 50)¹⁾: Doch ist hierdurch eine rechtliche Pflicht zur Innehaltung des Ladenpreises, wie gesagt, nicht begründet.

Bei der Verkaufskommission wird gewöhnlich nur der Preis bestimmt, zu dem der Kommissionär verkaufen soll, denn er hat nach Art. 372 den ganzen Erlös an den Kommittenten abzuführen. Doch ist die Preisbestimmung kein wesentlicher Bestandteil des Vertrages, sie kann ganz in des Kommissionärs Belieben gestellt werden, das jedoch stets an dessen Pflicht, mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns im Interesse des Kommittenten das Geschäft auszuführen, seine Grenzen findet. Falls der Kommittent den Verkaufspreis bestimmt hat, ist der Kommissionär nach

1) Mit Bezug hierauf sagt Weidling S. 53 a. a. O.: »Durch die Erfüllung dieses Wunsches«, nämlich den bisher festgehaltenen Ladenpreis gänzlich abzuschaffen, »würde zweifellos die Sonderstellung der Bücher im Gebiete des Warenverkehrs schwer geschädigt, und der Buchhandel nach Verlust seiner Eigenart zu einem reinen Handel mit bedrucktem Papier werden«.

Art. 361 zu dessen Einhaltung verpflichtet. Verkauft er unter dem gesetzten Preise, so ist er nach Art. 363 verbunden, dem Kommittenten den Unterschied im Preise zu vergüten, »sofern er nicht beweist, dass ein Verkauf zu dem gesetzten Preise nicht ausgeführt werden konnte und die Vornahme des Verkaufs von dem Kommittenten Schaden abgewendet hat«. Während hier das H.G.B. dem Kommittenten gegen den Verkaufskommissionär nur einen Anspruch auf den Preisunterschied, gegen den Einkaufskommissionär jedoch in Art. 364 die Befugnis gewährt, den über dem gesetzten Preise geschlossenen Einkauf als nicht für seine Rechnung geschehen zurückzuweisen, behandelt das neue Handelsgesetzbuch den Verkaufs- und Einkaufskommissionär in Bezug auf die Folgen der Nichteinhaltung des festgesetzten Verkaufspreises gleichmässig. § 386 giebt dem Kommittenten die Befugnis der Zurückweisung des Geschäfts sowohl gegen Verkaufs-, wie gegen Einkaufskommissionär und verpflichtet den Kommittenten seinen Rücktritt unverzüglich zu erklären.

III. Die alternative Obligation.

Als drittes Essentiale des Trödelvertrages nennt Brinz a. a. O. S. 18 »die Alternativität der Verpflichtung zur Rückgabe oder Zahlung«: aut igitur ipsam rem debebit (sc. Trödler) incorruptam reddere, aut aestimationem, de qua convenit (§ 1 h. l.). Hierauf exemplifiziert L. 17 § 1 de praescr. verbis 19. 5. Si margaritam tibi aestimatam dero, ut aut eandem mihi adferres aut pretium eorum.

.....
Der Trödler ist verpflichtet, nach eigener, freier Wahl entweder den Taxpreis zu zahlen oder die Sache zurückzugeben. Der Ausübung dieser Wahlbefugnis bzw. der Erfüllung der alternativen Verpflichtung, die zwar zeitlich

nicht zusammenzufallen brauchen, gehen gewöhnlich die Festsetzung des Preises und die Uebergabe an den Trödler voraus. Wie nun, wenn gleichzeitig mit der Uebergabe und der Abschätzung die Zahlung des Preises erfolgt? Reinhold misst dieser Frage keine Bedeutung in Bezug auf die Existenz des Trödelvertrages bei (a. a. O. S. 29). Er findet die Alternativität der Verpflichtung überhaupt nur dort, wo die aestimatio dem Trödler geborgt wird, zahle er sie sofort, so falle die Alternativität fort, die aestimatio sei dann dem Trödler nicht kreditiert, sei aber für den Trödelvertrag ebenso irrelevant, wie das Kreditieren oder Nichtkreditieren des Preises für das Bestehen des Kaufvertrages; folglich, so schliesst Reinhold »bildet die bemerkte Alternativität kein wesentliches Erforderniss des Trödelvertrages.

Dagegen meint Chambon a. a. O. S. 96: »Würde die aestimatio sogleich bezahlt, so ist, sofern in der Hingabe der Geldsumme nicht bloss eine Kautionsleistung enthalten ist, allerdings kein contractus aestimatorius vorhanden«.

Auch diese Ansicht geht m. E. zu weit.

Die Absicht der Parteien ist auch hier massgebend. Und sie geht der Natur des Vertrages entsprechend dahin, dem Trödler zum Entscheide der Frage, ob er unter den obwaltenden Umständen in der Lage ist, resp. es ihm zum Vorteil gereicht, aut rem reddere aut aestimationem, eine gewisse bestimmte oder unbestimmte Zeit zu belassen. Wo der Empfänger der Sache sich gleich bei der Uebergabe zur Zahlung des Taxpreises entschliesst, ist ein einfacher Kauf vorhanden. Sehen jedoch die Parteien in der sofortigen Zahlung nicht eine definitive Erfüllung des Vertrages, welche die Möglichkeit einer Sachrückgabe ausschliesst, so kommt ein Trödelvertrag zustande, trotz der Gleichzeitig-

keit von Tradition und Zahlung. Durch die sofortige Zahlung begiebt sich der Trödler wohl der Bethätigung seines Wahlrechts in ihrer gewöhnlichen Form, nicht aber des wirtschaftlichen Effekts dieses Rechts, den er auch dadurch erreicht, dass er unter Angebot der Sachrückgabe die aestimatio einklagt. Wenn also die sofortige Zahlung nicht, wie zu vermuten, als Erfüllung eines Kaufvertrages, sondern bei Abschluss eines Trödelvertrages bzw. bei der Sachtradition erfolgt, so muss ihr ein Nebenvertrag zu Grunde liegen, der sich je nach Absicht der Parteien verschieden, nicht nur als Kautionsvertrag, sondern auch als mutuum oder depositum irregulare gestaltet.

Dass die Zahlung durch Verrechnung, z. B. im Falle eines Kontokorrentverhältnisses zwischen Geber und Trödler, ersetzt werden kann und ebenso durch datio in solutum, Kompensation, etc. versteht sich von selbst.

Die Forderung des Gebers wird nicht gleich nach Uebergabe der Sache fällig, sondern nach der Natur des Vertrages ist dem Trödler eine nach Billigkeit zu bemessende Frist zu belassen. Auch durch Vereinbarung kann die Frist und zwar bezüglich ihrer Rechtsfolgen in dreifacher Gestalt festgesetzt werden.

In ihrer einfachsten Form schützt die Frist den Trödler vor vorzeitiger Klage, sie schiebt das Klagerecht des Gebers auf, das dann stets alternativ bleibt, und ändert an den Rechten und Pflichten des Trödlers nichts.

Eine weitergehende Wirkung hat die Fristabrede dann, wenn nach Absicht der Parteien das Wahlrecht des Trödlers insofern beschränkt wird, dass dieser innerhalb der gesetzten Frist zwar Sache oder Preis erstatten, nach deren Ablauf aber nur noch den Preis zahlen darf. Mit Fristablauf geht das Wahlrecht des Trödlers unter, er wird allein den Preis schuldig, in demselben Moment entsteht

erst das Klagerecht des Gebers, und zwar nur auf Preiszahlung.

Eine dritte Art der Fristabrede, die mit der Massgabe geschieht, dass innerhalb eines festgesetzten Termins entweder die Sache zurückgegeben, oder der bestimmte Preis geliefert werden soll, ist im preuss. Recht nach § 515, 11, I A.L.R. Begriffsmerkmal des Vertrages, denn nach § 522 ist ohne die Bestimmung des Termins zur Zahlung oder Rückgabe in der Zustellung einer Sache zum Verkauf ein blosses Auftragsgeschäft vorhanden.

Es bedeutet somit auch diese Fristabrede den Untergang des Wahlrechts des Trödlers mit Ablauf des Termins, nicht aber die Konzentration des Klagerechts des Gebers auf Preiszahlung, sondern, wie wir sehen werden, den Uebergang des Wahlrechts vom Trödler auf den Geber, der nunmehr nach Belieben auf Rückgabe der Sache oder Zahlung der Schätzungssumme klagen kann.

Denn lässt auch § 513 das Eigentum der Sache mit Ablauf des Termins auf den Empfänger sofort übergehen, und scheint somit die Klage des Gebers auf Zahlung des Preises zu beschränken, so bestimmt § 515: »Wenn aber der Empfänger mit dem Ablauf des Termins den bestimmten Preis nicht liefert, so ist der vorige Inhaber die Sache selbst, wenn sie sich bei dem Empfänger noch unverkauft befindet, zurückzunehmen berechtigt«. »Durch diese Vorschrift«, sagt Gruchot S. 156, ... ist der in § 513 mit so bestimmten Worten entschiedene Eigentumsübergang geradezu wieder in Frage gestellt, indem es mit dem Ablauf des Termins, falls bis dahin vom Trödler der bestimmte Preis nicht bezahlt ist, in die Hände des Gebers gelegt wird, ob er den Preis fordern, oder die unverkaufte Sache zurückfordern will«.

Es hat somit die Fristabrede des preuss. Rechts auf

die Alternativität der Verpflichtung keinen Einfluss, und gerechtfertigt erscheint Gruchot's Schluss¹⁾, dass volle Uebereinstimmung besteht zwischen unserem Landrecht und den Grundsätzen des heutigen gemeinen Rechts, wie sie sich auch in der neueren Gesetzgebung wiedergegeben finden«.

Dagegen sieht Weidling S. 132 aus dem Grunde der Fristbestimmung in dem landrechtlichen Trödelvertrag auch »nicht die entfernteste Aehnlichkeit mit dem wahren des gemeinen Rechts«. Er verkennt, dass die Terminsbestimmung zunächst dem Hingebenden noch nicht das Recht nimmt, nach dem Termin neben dem Taxpreis alternativ auch die Rückgabe der Sache zu verlangen, sofern der Preis nicht bezahlt wird.

Auf die Alternativität des Klagerechts legt Weidling das entscheidende Gewicht. Muss der Geber auch dann alternativ klagen, wenn ihm bereits vorher bekannt geworden ist, dass der Trödler von seinem Wahlrecht bereits Gebrauch gemacht hat und durch Verkauf der Sache pp. nur noch in der Lage ist, durch Zahlung des Preises seine Verpflichtung zu erfüllen?

Der starre Klagformalismus des alten römischen Rechts verlangte auch hier alternative Klagerhebung, denn die

1) Es folgen bei Gruchot die einschlägigen Bestimmungen einiger Partikularrechte.

Aus welchem Grunde das Gesetz die Fristbestimmung »im Widerspruch mit der Natur der Sache und dem gemeinen Recht« (Chambon S. 48) zum Essentiale des Vertrages macht und beim Fehlen der Fristbestimmung ein Mandat, möglicherweise im Widerspruch mit dem Parteiwillen annimmt, (Gruchot S. 165) mag unerörtert bleiben; es handelt sich nur darum, festzustellen, dass eine Fristbestimmung mit ihren mannigfachen Wirkungen die Existenz des Trödelvertrages auch im gemeinrechtlichen Sinne nicht alteriert.

einseitige Erklärung des alternativ verpflichteten Schuldners an den Gläubiger, eines der Objekte leisten zu wollen, berührte dessen Verpflichtung nicht, sie blieb alternativ. Selbst dann musste der Gläubiger alternativ klagen, wenn er obige, als Vertragsofferte anzusehende Erklärung des Schuldners angenommen hatte, und erst mittelst *exceptio pacti de non petendo* konnte der Schuldner eine entsprechende Beschränkung des Klageantrags bzw. teilweise Abweisung der Klage herbeiführen¹⁾.

Eine Alternativobligation mit dieser strengen Wirkung ist für das heutige gemeine Recht unpraktisch, doch auch im römischen Recht existierte die alternative Obligation in der mildereren Form der sogenannten Wahlobligation²⁾, wo nach Ausübung des Wahlrechts bzw. der Erklärung des Trödlers, den Preis zahlen zu wollen, die Klage einfach nur auf Preiszahlung zu richten ist.

Dasselbe gilt, wenn eine Frist mit der Massgabe verabredet worden ist, dass innerhalb der Frist der Geber nicht klagen, der Trödler jedoch sein Wahlrecht ausüben, nach Ablauf der Frist der Geber erst klagen, der Trödler dagegen, wenn er vorher nicht erfüllt hat, nunmehr nur den Preis zahlen darf. Diese Fristabrede hat in Beziehung auf den Vertrag dieselbe Bedeutung, wie obige Erklärung des Trödlers; sie ist lediglich die Verabredung der Form, in welcher die eingetretene Konzentration des Wahlrechts dem Geber bekannt gemacht werden soll, und hat etwa

1) Dernburg, Pand. II. S. 78 Note 7. Liebert S. 10. Die juristische Natur der röm. Alternativobligation ist sehr bestritten. Eine nähere Darstellung des Streitstands würde hier zu weit führen. Ich verweise auf die bei Dernburg a. a. O. Note 8 angeführte Litteratur.

2) Auch dies ist die Streitfrage. Vergl. Dernburg, Preuss. Privatrecht II S. 68 und das unten im Abschnitt II Gesagte.

folgenden Inhalt: Falls ich, Trödler, innerhalb der Frist nicht restituirt und nicht gezahlt habe, so soll dir, dem Geber, durch Ablauf der Frist bindend kundgethan werden, dass ich mein Wahlrecht ausgeübt habe und jetzt nur noch in der Lage bin, den Taxpreis zu bezahlen. In gleichem Sinne kann sich die Fristabrede auf die Sachrückgabe beziehen. Eine alternative Klage wäre hier eine unzulässige Weitläufigkeit.

Ich komme daher zu dem Schlusse: Die alternative Verpflichtung des Trödlers *aut rem aut aestimationem reddere* hat nicht die Wirkungen der heute unpraktischen römisch-rechtlichen Alternativobligation, sondern der sog. Wahlobligation, indem das seiner alternativen Verpflichtung entsprechende Wahlrecht des Trödlers durch die Ausübung ein Ende findet und die Klage des Gebers bis zu diesem Zeitpunkt alternativ, von da ab aber, einfach auf das gewählte Objekt auszustellen ist. Ist das Klagerecht bis zu einem bestimmten Termin suspendiert, an dem zugleich das Wahlrecht des Trödlers sich auf Preiszahlung konzentriert, so geht die Klage von vornherein stets einfach auf Preiszahlung. Bis zu dem Termin ist Zahlung und Sachrückgabe alternativ in der Wahl, nach dem Termin Zahlung allein in obligatione des Empfängers.

Ob daher die Klage aus dem Trödelvertrage einfach oder alternativ zu erheben ist, ist Thatfrage und ebenso wenig, wie die Verabredung einer Frist in den geschilderten Formen, von Einfluss auf das Wesen des Vertrages.

Auch für das Konditionsgeschäft bildet die alternative Verpflichtung des Sortimenters, entweder die Bücher zurückzugeben oder den Preis zu zahlen, ein Begriffsmerkmal des Vertrages. Eine Vorausbezahlung des Nettopreises sogleich bei Uebergabe der Bücher wird meistens dem Geschäft den Charakter des Konditionsvertrages nehmen,

da sie nach Usance hier nicht stattfindet. Die Zahlung ist durch Verrechnung auf dem Wege des Kontokurrents ersetzt.

Dagegen finden wir beim Konditionsgeschäft von den drei verschieden wirkenden Fristen, wie sie beim Trödelvertrag, ohne essentiell zu sein, vorkommen können, nur die letztgeschilderte und zwar hier als notwendigen Bestandteil des Vertrages. Der Sortimenter ist somit verbunden, innerhalb dieser Frist den Preis zu zahlen oder das Buch zurückzugeben. Diese Obligation nennt Buhl S. 155 die wichtigste und für den juristischen Charakter des Konditionsgeschäfts recht eigentlich massgebende. Innerhalb der Frist, d. h. vor Ablauf des Remissionstermins ist der Sortimenter gegen den Anspruch des Verlegers geschützt, nach Ablauf ist er nach buchhändlerischer Usance zur Bezahlung des Nettopreises verbunden. Die Preiszahlung ist allein in obligatione.

Während der Sortimenter jederzeit durch Zahlung erfüllen kann, hat er innerhalb der Frist auch das Recht, sich durch Rücksendung der Bücher zu befreien. Der Verleger dagegen darf nur nach dem Remissionstermine und nur auf Zahlung des Preises klagen. Es steht also die Rückgabe der Bücher im Belieben des Sortimenters. Die alternative Verpflichtung des Sortimenters ist, wie die des Trödlers eine Wahlobligation.

Die Frist läuft von der Uebergabe bis zum sogenannten Abrechnungstermin, und dieser ist für die verschiedenen sog. Kommissionsplätze des deutschen Buchhandels verschieden bestimmt¹⁾. Für Leipzig ist es die Ostermesse, die vom Montag nach Kantate-Sontag (der

1) Schürmann, Usancen S. 121 ff. Buhl 155 ff. Weidling S. 95 ff.

4te Sonntag nach Ostern) bis zum Mittwoch nach Himmelfahrt dauert. Am Abrechnungstermin hat der Sortimenter die Nettopreise für alle Bücher zu zahlen, die er nicht remittiert hat. Alle nach dem Termin erfolgenden Rücksendungen kann der Verleger zurückweisen und auch hierfür Zahlung verlangen.

B u h l S. 159 erachtet d. Recht des Sortimenters, sich durch Rückgabe der Bücher zu befreien, nach buchhändlerischer Usance erst zu Pfingsten für erloschen, während Weidling S. 99 im Gegensatz zu Schürmann das Bestehen einer solchen Usance rundweg verneint¹⁾.

Ausnahmen vom gewöhnlichen Geschäftsgebrauch sind die Nach- und Restremittenden. Beide gehen dem Verleger erst nach dem Termine zu, für die Nachremittenden erfolgt die Entlastung des Sortimenters erst bei Rücklieferung, bei den Restremittenden dagegen schon am Termin, während die Rücksendung der Bücher als später erfolgend vorbehalten wird.

Der im Buchhandel gebräuchlichen Institution der Remissionsfrist ebenso wie der vertragsmässigen Fristabrede im Trödelvertrage liegt der aus der Natur beider Geschäfte sich ergebende Gedanke zu Grunde, dem Sortimenter bzw. Trödler eine gewisse Zeit zur Entfaltung seiner gewöhnlich auf den Absatz der Ware gerichteten Thätigkeit, kurz: zur Erreichung des Geschäftszweckes, zu gewähren. Hieraus erklärt sich die häufig vorkommende Uebereinkunft zwischen Verleger und Sortimenter, dass die Abrechnung bezüglich der nach Beginn des neuen Jahres dem Sortimenter zugehenden Bücher nicht schon in der hierauf folgenden Ostermesse, sondern erst in der Oster-

1) Bei Weidling a. a. O. ausführliche Litteraturangabe bezüglich der Streitfrage.

messe des nächsten Jahres stattfinden soll. Eine solche, stets nur auf Vereinbarung beruhende Verlängerung der Remissionsfrist, nennt man »Stellung zur Disposition« und die betreffenden Bücher-Disponenden. An diesen Büchern giebt Weidling S. 103 dem Verleger bereits vor dem Abrechnungstermin ein Vindikationsrecht, falls der Sortimenter auf der nächsten Ostermesse, die in alter Rechnung erhaltenen Bücher, die vorher nicht remittiert sind, nicht bezahlt¹⁾. Hiermit wäre die Eröffnung des neuen Kredits von der vorherigen ordnungsmässigen Erfüllung alter Verpflichtungen ipso jure bedingt. Eine dahingehende Usance ist jedoch nicht erwiesen.

Eine Usance, die jetzt ausser Uebung gekommen ist, gestattete früher den Sortimentern einen sogen. Uebertrag, d. i. bei grossen Saldi's ein Teil, etwa ein Drittel, der nicht zur Ostermesse, sondern erst zur Michaelismesse bezahlt zu werden braucht. Unbenommen bleibt es dem Sortimenter, wie Weidling S. 97 Waechter gegenüber überzeugend nachweist, vor Ablauf der Remissionsfrist mangels entgegenstehender Vereinbarung die Ware dem Verleger zurückzusenden. Diese Befugniss muss aus demselben Prinzip der Aktionsfreiheit auch dem Trödler zugesprochen werden, zumal die Frist in den meisten Fällen zu seinen Gunsten, nämlich um ihn gegen vorzeitigen Anspruch des Gebers zu stützen, vereinbart wird. Für die Remissionspflicht von grosser Bedeutung ist die Eigenschaft der Bücher als vertretbare Ware, insofern als sie

1) Aehnlich Buhl S. 162. Weidling generalisiert eine dahingehende Bestimmung des Berliner und Leipziger Verlegervereins von 1857 (bei Waechter S. 540 abgedruckt), die als *lex contractus* jedenfalls nur zwischen d. Vereinsmitgliedern u. deren Kunden bindend wirkt.

Exemplare eines Werkes sind; es ist daher nicht ein individuell bestimmtes Buch Gegenstand der Obligation, sondern die Gattung. Aus der Annahme einer unbeschränkten Vertretbarkeit der Bücher zieht Weidling S. 57 ff. ganz allgemein den Schluss, dass die Bücher, die der Sortimenter zur Messe remittiert, nicht identisch zu sein brauchen mit denen, die er *à condition* erhalten hat. In weitestem Masse erkennt er dem Sortimenter die Befugniss zu, das Buch zurückzusenden, gleichgültig, ob der Verleger es ihm *à condition* oder fest und baar, ob in neuer Rechnung oder in alter, ob der Verleger es ihm, oder einem anderen Sortimenter geliefert hat, ohne Rücksicht auf eine den verschiedenen Bezugsarten- bzw. Zeiten entsprechende Bezeichnung der Bücher seitens des Verlegers.

Hieraus würde für den Verleger die Pflicht entstehen, wenn nicht ein anderes ausdrücklich vereinbart ist, die baar und festgelieferten Bücher, auch wenn sie als solche markiert sind, an Stelle der *à condition* gelieferten und vom Sortimenter bereits abgesetzten Bücher zurückzunehmen, selbst wenn der Baarbezug dem Sortimenter in erhöhtem Rabatt oder in Freixemplaren eine Vergünstigung gewährt, die dann der Sortimenter ohne Gegenleistung einstecken könnte, indem er die festbezogenen Bücher als angebliches Konditionsgut ohne Freixemplare und zum niedern Konditionsrabatt remittiert.

Aehnlichen Profit würde bei unbeschränkter Vertretbarkeit der Bücher der Sortimenter dadurch sich verschaffen können, dass er nach Absatz der *à condition* erhaltenen Bücher, Exemplare desselben Werkes, die er in einer Auktion billig erstanden hat und die mit der Firma ihres ersten Käufers versehen sind, als Konditionsgut zur nächsten Ostermesse remittiert. Auch die im Geschäftsjahr erfolgende Herabsetzung des Bücherpreises durch den Ver-

leger könnte den Sortimenter darin nicht hindern, die zum kleineren Preise erhaltenen Bücher zum alten Preise zu remittieren, sofern er nur zum alten Preise Bücher à condition bezogen hat, wenngleich diese bereits abgesetzt sind.

Ferner will Weidling infolge der Fungibilität der Bücher dem Sortimenter folgende Manipulation, falls sie nicht durch besondere Geschäftsbestimmung untersagt ist, freigeben: Der Sortimenter bezieht Bücher in alter Rechnung d. h. vom 1. Januar bis 31. Dezember 1895 und darauf Exemplare desselben Werkes in neuer Rechnung d. h. vom 1. Januar 1896 bis zur Ostermesse dess. Jahres. Letztere remittiert er jedoch nicht zur Messe 97, sondern an Stelle der Zahlung für die abgesetzten Bücher alter Rechnung sendet er bereits zur Ostermesse 96 die in neuer Rechnung erhaltenen Bücher, als hätte er sie in alter Rechnung empfangen, zurück und treibt es so jahraus jahrein. Auf diese Weise könnte er sich der Zahlung ganz entziehen oder sie ungebührlich lang verzögern, und dies selbst, wenn der Verleger die zurückerhaltenen Bücher an der Auszeichnung, dem Jahresstempel etc. als in neuer Rechnung geliefert stets erkennt.

Diese wenig reelle Geschäftsführung würde sich rechtfertigen, wenn man die Bücher rechtlich als unbeschränkt fungible Waare ansieht. Doch weist die Natur der Sache selbst auf eine Einschränkung der Fungibilität hin.

Die Regel des Verkehrs d. h. der in der überwiegenden Mehrzahl der Geschäftsabschlüsse sich gleich bleibende Geschäftswille, bestimmt über die Eigenschaft der Sache als vertretbare oder nicht vertretbare.

Ausgehend vom Tauschgeschäft hat der buchhändlerische Verkehr das Konditionsgeschäft und den Baarkauf geschaffen und die Bezugs- und Lieferungsbedingungen mannigfach differenziert.

War man bei der primitiven Geschäftsform des Tausches noch geneigt, Bücher ohne Beachtung des Inhalts als vertretbare Dinge zu behandeln (Buhl bei Weidling S. 53), so musste entsprechend der Entwicklung des Buchhandels, der sich zu den verschiedenartigsten Vertragsformen ausgestaltet hat, die Fungibilität der Bücher sich beschränken. Je nach den verschiedenen bestimmt von einander sich abhebenden Geschäftsbedingungen und Bezugsformen sind unter den Exemplaren eines Werkes gewisse Gattungen (genera) anzunehmen mit der Folge, dass die Angehörigen einer Gattung sich gegenseitig, nicht aber diejenigen einer andern Gattung vertreten können. Es unterliegen daher der Remission nur die *à condition*, nicht die baar und fest bezogenen Bücher, die in neuer Rechnung erhaltenen dürfen nicht in alter, die zu herabgesetztem Preise nicht zum ursprünglichen Preise zurückgesendet werden. Dieselbe Differenzierung in der Vertretbarkeit rechtfertigt sich bezüglich der an verschiedene Sortimenten gelieferten Bücher, da die hauptsächlich auf persönlichem Vertrauen beruhende Geschäftsverbindung zwischen Sortimenter und Verleger gegenüber den einzelnen Sortimentern oft eine verschiedenartige Geschäftshandhabung seitens der Verleger notwendig macht. Der Verleger will von A nur die ihm *à cond.* gelieferten, nicht die dem B gelieferten Bücher zurückerhalten, er will durch den Baarverkauf die Remission der Bücher vermeiden, die in neuer Rechnung gelieferten nicht schon zur nächsten Messe zurückerhalten, und bei Herabsetzung des Preises nicht eine nochmalige Einbusse durch Anrechnung des alten höheren Preises erleiden. Dieser Vertragswille entspricht der Regel des Verkehrs, er hat sich im Buchhandel bereits zur dispositiven Rechtsnorm gestaltet und wird nicht erst zur *lex contractus*, wenn er in Klauseln Aus-

druck erhält, wie: »Fest oder baar gelieferte Exemplare nehme ich an Stelle der à condition gegebenen nicht zurück« (u. a. m. bei Weidling S. 58. 60). Will der Verleger die Remission zurückweisen, so hat er die sie ausschliessenden Thatsachen zu beweisen. Lediglich Beweismittel nicht aber *lex contractus* ist die Auszeichnung, Firmierung, Stempelung der Bücher, gleichgültig ist daher, wer sie bewirkt hat.

IV. Das Recht auf den Mehrerlös.

Als vierten begriffsbestimmenden Bestandteil des Trödelvertrages bezeichnet Brinz das Recht des Trödlers auf den Mehrerlös; dass der Trödler das Recht hat den Ueberschuss des Verkaufserlöses über die *aestimatio* für sich zu behalten, ist ebenso gewiss, wie das Recht des Kaufmannes auf den Geschäftsverdienst. Auf dem Trödelvertrage selbst beruht jedoch dieses Recht des Trödlers nicht. Auch das Recht des Detaillisten auf den beim Weiterverkaufe erzielten Gewinn steht rechtlich mit dem Kaufvertrage zwischen ihm und dem Fabrikanten in keiner Beziehung und das Recht des Mieters, dem Aftervermietung gestattet ist, auf den Mietsüberschuss ist völlig unabhängig von dem Mietsvertrage mit seinem Vermieter. Somit ist das Recht auf den Mehrerlös nicht ein Begriffsmerkmal des Vertrages, sondern eine Folge der dem Trödler vertragsmässig gewährleisteten Befugniss, beliebig die Sache zu verwerten und zu verkaufen. Beim fertigen Kauf ist diese Befugniss eine Folge des durch den Vertrag begründeten Eigentumsüberganges, bzw. des *habere licere praestare*, bei der Miete eine Folge der ausgedehnten Gebrauchsbefugniss. Der Mehrerlös des Trödlers ist ein Teil des durch den Weiterverkauf vereinnahmten Kaufpreises und bildet, wie Rein-

hold S. 30 treffend sagt, »eine Essentiale des zweiten, des Weiterverkaufs und nur dieses Vertrages, nicht aber auch des ersteren des vorangegangenen Trödelkaufes«. Selbst eine ständige Folge des Trödelvertrages ist der Mehrerlös nicht, der Weiterverkauf ist nur eine der vielen Verwertungsarten, die dem Trödler freistehen und wirft nicht immer einen Ueberschuss über die heimzubringende aestimatio ab. Zweifellos ist aber, dass sich in dem »Rechte auf den Mehrerlös« die Stellung des Trödlers im Gegensatz zu der des Beauftragten und des um Lohn Arbeitenden als die eines unabhängig auf eigenen Gewinn spekulierenden Unternehmers kennzeichnet.

Brinz dagegen, der Mehrerlös und Lohn gleichstellt und in der Ungewissheit dieses Lohnes das Unterscheidungsmerkmal zwischen Trödelvertrag und locatio conductio, sowie in der Gratuität des Mandats die Verschiedenheit zwischen diesem und dem Trödelvertrag findet, muss demgemäss in dem Recht auf den Mehrerlös ein Essentiale des Trödelvertrages, ebenso wie in dem Lohn ein Essentiale der Dienstmiete, sehen.

Es zählt daher weder die Pflicht des Trödlers, den Verkauf zu betreiben, noch sein Recht, den Mehrerlös zu behalten, zu den begriffsbestimmenden Merkmalen des Vertrages.

Hiermit soll nicht geleugnet werden, dass Weiterverkauf und Behalten des Mehrerlöses in den meisten Fällen den Intentionen der Parteien entspricht, und dem Vertrage in dem primitiven Verkehrsleben der Römer sein eigentümliches Gepräge verlieh.

Aus diesem Grunde sprechen, wie oben dargelegt, die Quellen von dem vendendum dare und führen in mehreren Fällen der Deutlichkeit halber das Recht auf den Mehrerlös, das ipso jure aus der Natur des Vertrages folgt, als

Vertragsinhalt auf. So in L. 44 pro socio 19. 2, L. 13 pr. de praescript. verb. 19. 5; L. 1 § 1 de aestim. 19. 3, die sedes materiae, spricht dagegen nur von der Pflicht des Unternehmers, aut ipsam rem incorruptam reddere, ut aestimationem, de qua convenit.

Das der Trödler bei einem Weiterverkauf unter dem Betrage der aestimatio nicht den Mindererlös dem Geber abziehen darf, versteht sich nach obigen Ausführungen von selbst. Die Bedeutung der L. 2 de aest. 19. 3, haec actio (sc. praescriptis verbis aestimatoria) utilis est, et si merces intervenit, wonach die Verabredung einer besonderen Provision beim Trödelvertrage zulässig ist, ist oben erörtert worden.

Von denselben Gesichtspunkten aus ist das Recht des Sortimenters auf den Verdienst beim Weiterverkauf der à condition erhaltenen Bücher, d. h. auf den Ueberschuss des Ladenpreises über den an den Verleger abzuführenden Nettopreis zu betrachten. Der Konditionsvertrag hat mangels besonderer Vereinbarung weder auf die Dispositionen des Sortimenters bezüglich des Konditionsgutes noch auf die Höhe des Verkaufspreises Einfluss und ist bestimmend auch nicht für das Recht des Sortimenters auf den Mehrerlös.

Gründet sich dies Recht, den Mehrerlös zu behalten, auf der Eigenschaft des Trödlers und Sortimenters als freien Unternehmers, so ist es naturgemäss dem Kommissionär versagt.

Art. 272 HGB.: Wenn der Kommissionär zu vorteilhafteren Bedingungen abschliesst, als sie ihm vom Kommittenten gestellt werden, so kommt der Vorteil dem letzteren allein zu statten.

Dies gilt insbesondere, »wenn der Preis, für welchen der Kommissionär verkauft, den vom Kommittenten bestimmten niedrigsten Preis übersteigt«

Dagegen hat der Kommissionär das Recht auf Provision, wenn das Geschäft zur Ausführung gekommen ist (Art. 371 HGB.), auch dann, wenn er die Waare als Selbstkäufer behält (Art. 376 Abs. 2); für den Fall des Nichtverkaufs kann ihm der Ortsgebrauch einen Anspruch auf sog. Auslieferungsprovision geben (Art. 371). Die Provision als Gegenleistung für die von ihrem Empfänger zu prästierenden Verkaufsbemühungen ist, wie der Verkaufskommission, so überhaupt den auf den Verkauf einer Sache gerichteten Lohnverträgen eigentümlich, beim Trödelvertrag kann sie, wie gesagt, nur durch Nebenvertrag vereinbart werden, der dann auch zur Vornahme von Verkaufshandlungen verpflichtet. Im Preuss. Recht stempelt nach §§ 522, 524 I 11 ALR. die Provisionsabrede das ganze Geschäft zum blossen Auftragsgeschäft. Es tritt an dieser Stelle wiederum der oft betonte Gegensatz zwischen dem *vendendum dare* und Mandat u. Miete evident zu Tage.

Um kurz zu resumieren, stellen wir folgende Momente als begriffsbestimmende Merkmale sowohl des Trödelvertrages als auch des Konditionsgeschäfts auf:

1) Die Uebergabe der Ware zur freien Verfügung des Empfängers, innerhalb deren der Weiterverkauf den Intentionen der Parteien in den meisten Fällen entspricht und vollzogen wird, so dass »*vendendum dare*« der römisch-rechtliche Name des Trödelvertrages wurde.

2) Die Festsetzung des Preises (Nettopreises; *aestimatio*).

3) Die Wahlverpflichtung des Empfängers, den Preis zu zahlen oder die Ware zurückzugeben.

4) Beim Konditionsgeschäft: Der usancenmässige Termin der Abrechnung, in welchem der Empfänger den Preis schuldig wird.

5) Im Preuss. Recht ist dieser Termin und das Nicht-

vorhandensein einer Provision für die Existenz des Trödelvertrages erforderlich.

Dass somit die Grundsätze des Mandats und der Dienstmiete auf den Trödelvertrag und das Konditionsgeschäft keine Anwendung finden können, ist nachgewiesen, insbesondere sind die Beziehungen zum Kommissionsgeschäft dargestellt.

II. Abschnitt.

Die Römer verglichen in L. 1 h. t. das *vendendum dare* »propter aestimationem« auch mit dem Kauf und erklärten auch die *a. venditi* für unzulässig. Dass sie trotzdem in dem Trödelvertrag lediglich einen in der Gestalt des Innominatkontrakts klagbaren suspensivbedingten Kauf auf Probe sahen, dafür wird auf Grund der Forschungen Goldschmidts und Fittings der Nachweis versucht werden; die vorangegangenen Erklärungen über die sog. Essentialien des Vertrages haben zweifellos ergeben, dass auch die materiellen Erfordernisse des bedingten Kaufes vorliegen. Die Parteien sind sich über Ware und Preis einig, ihr übereinstimmender Wille geht dahin, dass der Empfänger die Ware behalten solle, wenn er die *aestimatio* zahle. Es soll daher die Zahlung und somit das Behalten der Sache nicht von dem Weiterverkauf oder anderen ganz oder teilweise ausser der Machtsphäre des Trödlers liegenden Umständen, sondern lediglich vom freien Willen des Empfängers abhängen. Dass der Fall, wo »das objektive Moment der *aestimatio* den Kauf hervorruft« von dem ausdrücklich geschlossenen Suspensivkauf sich in keiner Beziehung unterscheidet, erkennt auch Chambon a. a. O. S. 77 an, dennoch sieht er eine prinzipielle Verschieden-

heit und hält für den Grund der Unzulässigkeit der *a. empti* 1) den Umstand, dass *pendente condicione* ein Kauf noch gar nicht existiert, und dass 2) der Eintritt der Bedingung vom freien Wahlrecht des Trödlers abhängt, das »*si velit emtor*« aber die Existenz des Rechtsverhältnisses ausschliesse.

Deshalb nimmt Chambon eine *conditionalis venditio* an, deren Analogon er aus den Quellen zu beweisen sucht, und die er dahin in S. 78 definiert: »Unter *conditionalis venditio* haben wir aber hier nicht sowohl einen unter einer Bedingung abgeschlossenen Kauf, als vielmehr ein Rechtsgeschäft zu verstehen, das nach den in ihm liegenden faktischen Voraussetzungen die Natur eines Kaufes erhalten kann, wenn ein gewisses, unbestimmtes und in der Zukunft liegendes Ereigniss eintritt«.

Die beiden angeführten Gründe greifen nicht durch: Der Kauf mit der Klausel: »*si velit emtor*« unterscheidet sich materiell in nichts von dem zulässigen und klagbaren Kauf unter der Suspensivbedingung »*si placuerit emtori*« 1). Von letzterem aber unterscheidet sich nach Chambon der Trödelvertrag wiederum dadurch, dass bei dem Kauf auf Besicht die Realisierung von dem Gefallen an der Ware d. h. von der Erwägung des Käufers abhängt, ob dieselbe ihm zu seinem eigenen Gebrauch oder auch zum Zweck des kalkulierten Weiterverkaufs konveniere, während es beim Trödler regelmässig auf den von der Qualität der Ware völlig unabhängigen Umstand ankomme, ob er eine passende Gelegenheit zum Weiterverkauf finde. (S. 94). —

1) Fitting: Die Lehre vom Kauf auf Probe oder auf Besicht in Goldschmidts Zeitschrift für Handelsrecht, Bd. 2, S. 232 ff. Fitting: Archiv für zivilistische Praxis, Bd. 46, S. 241 ff. Bechmann: System des Kaufes, II. B., 1. Abt., S. 179.

Ersichtlich ist zunächst nicht, wie die passende Gelegenheit zum Weiterverkauf gänzlich von der Qualität der Ware unabhängig sein soll, sodann aber ist, wie wir oben gesehen, der Weiterverkauf nicht Gegenstand der Verpflichtung, sondern eine vollständig in das Belieben des Trödlers gestellte Behandlungsart der Sache: Die Existenz der Bedingung, die Billigung der Ware, ist wie beim Kauf *ad gustum* der freien Erwägung des Empfängers anheimgestellt.

Ein weiteres Unterscheidungsmerkmal findet *Chambon* S. 95 in der dem Trödelvertrag wesentlichen Möglichkeit, die zum Verkauf hingebene Sache dem Geber zu restituieren, während die Restitutionsmöglichkeit beim Kaufe nur durch ein *pactum adjectum de retroemendo* gegeben sei. Vorher erwähnte *Chambon* bereits die Fälle des Kaufs mit der Bedingung, *si velit, si placuerit*, die *emptio ad gustum*, denen doch die Restitutionsmöglichkeit eigentümlich ist. *Brinz* S. 12 fügt hinzu die Restitution wegen *ädilitischer* Mängel, ob *laesionem enormem*, bei Resolutivbedingungen und stellt die Frage: »Inwiefern ist dennoch durch die Restitutionsmöglichkeit der Trödelvertrag vom Kaufe verschieden?«

Auf Grund von Prämissen, die wir bei der Behandlung der 4 *Brinz*schen Vertragsstücke als nicht zutreffend erkannt haben, gelangt *Brinz* zu dem Schluss, dass der Trödelvertrag zwar ein eigener aber ein zweideutiger Kontrakt sei, zweideutig in der Richtung auf die Lohnverträge und den Kauf, mit denen er manches gemein, jedoch nichts habe, was jene nicht auch haben. (S. 18).

Insbesondere weist *Brinz* die Annahme einer *emptio condicionalis* zurück und zwar mit Rücksicht darauf, dass es kein Rechtsgeschäft gäbe, »welches aus einem anderen entspringt, keines ausser demjenigen, welches von den Par-

teien abgeschlossen wird« und widerlegt S. 14 treffend die Behauptung Ch a m b o n s, dass jenes Institut in den Quellen vorhanden sei.

Die oben gestellte Frage beantwortet Brinz, indem er den Ton auf das Heimschlagensollen der Ware nicht, wie Ch a m b o n, auf das Heimschlagenkönnen legt und im Trödelvertrag die Zurückgabe, wenngleich nur alternativ, in obligatione sein lässt, während eine solche alternative obligatio im Kaufe nicht vorkomme.

Dasselbe Moment ist bei Weidling (S. 128) Unterscheidungsmerkmal und wird als solches näher begründet. (Vergl. die Ausführungen oben im Abschnitt I. sub 3). Der alternativen Obligation entspräche stets ein alternatives Klagrecht; möge der Trödler verkauft oder ausdrücklich dem Geber erklärt haben, als Selbstkäufer eintreten zu wollen, der Geber könne und dürfe nur alternativ, beim Kauf auf Probe der Verkäufer dagegen stets nur einfach auf den Kaufpreis klagen.

Weidling nimmt hier für den Trödelvertrag das altrömische Institut der alternativen Obligation im engeren Sinne in Anspruch, deren Wesen, wie oben dargethan, darin besteht, dass nur durch die thatsächliche Leistung des einen Objekts der Schuldner von der Verpflichtung des anderen Objekts befreit, dass dagegen weder durch blosse Erklärung des Schuldners, eines liefern zu wollen, noch durch teilweise Lieferung eines Objektes die Obligation konzentriert wurde.

Der Schuldner konnte das andere Objekt noch anbieten, der Gläubiger stets nur alternativ klagen. Den Grund hierfür giebt L 138 § 1 de verb. oblig. 45. 1. Quum jure stipulatus sum illud aut illud dari licebit tibi, quoties voles, mutare voluntatem in eo, quod praestiturus sis, quia diversa causa est, voluntatis expressae, et ejus

quae inest. Dem heutigen Recht ist die so geartete alternative Obligation fremd und Jhering Jahrb. Bd. 1. S. 33 hofft, dass kein heutiger gemeinrechtlicher Richter so sehr von allem gesunden Gefühl und praktischen Takt entblösst sein werde, um die Lex 138 § 1 zur vollen Anwendung zu bringen. Neben dieser alternativen Obligation im engeren Sinne giebt es im römischen Recht Wahlobligationen, »bei welchen je nach Vereinbarung entweder der Schuldner oder der Gläubiger sich für eines von mehreren Leistungsobjekten erklären konnte, und zwar bald so, dass die einmalige Erklärung die Wahl erschöpfte, bald so, dass ein jus variandi bis zur Erfüllung bestand«. (Dernburg Preuss. Privatr. II S. 67). In einem Rechtsverhältniss nun, wie in dem unserigen, wo ästimierte Sachen übergeben werden mit der Vereinbarung aut rem aut aestimationem zu erstatten, ist zweifellos eine Alternativobligation enthalten, offen jedoch ist vor der Hand die Frage, ob dieselbe die Wirkungen einer Alternativ-Obligation im e. S. oder die der Wahlobligation hat. Hierüber entscheidet der Parteiwille. Ein Beispiel der Wahlobligation giebt L 10 § 6 de jure dot. 23. 3. Es werden hier res dotales unter Aestimation dem Ehemann hingegeben mit der Massgabe, ut aut aestimationem aut res praestentur. Träger des Wahlrechts zwischen beiden Leistungen, sagt Ulpian weiter, könne ja nach Vereinbarung sowohl der Ehemann wie die Ehefrau sein, in Ermangelung einer Vereinbarung habe der Ehemann die Wahl.

Im Falle der ehemännlichen Wahlbefugniss liegen hier sämtliche Merkmale des Trödelvertrages vor: 1) Hingabe der Sachen; 2) unter einer aestimatio 3) mit der Massgabe, dass Empfänger (nach freier Wahl) aut rem aut aestimationem reddat, nur dass der Zweck der Dosbestel-

lung die Dotalklage erfordert und die *actio praescriptis verbis* ausschliesst. (Chambon S. 25, 28).

Klar ist, dass in L. 10 § 6 eod. nicht die Alternativobligation i. e. S. mit ihren starren Formen, sondern die dem Verkehrsbedürfnisse mehr entsprechende Wahlobligation gewollt ist, da der Ton nicht auf der das Wahlrecht überdauernden alternativen Verpflichtung, sondern auf dem in drei Modifikationen auftretenden Wahlrecht liegt, das mit seiner Ausübung erlischt und hierdurch das Klagrecht auf das gewählte Objekt konzentriert.

Dies findet für den Trödelvertrag entsprechend Anwendung. Sobald der Geber durch Erklärung des Trödlers oder nach Ablauf einer bestimmten Frist, innerhalb der die Sachrückgabe nicht erfolgt ist, Kenntniss erhalten hat, dass der Trödler durch Verkauf oder anderweitige Veräusserung der Sache oder durch Selbsteintritt nur noch in der Lage ist, die *aestimatio* zu zahlen, so kann er nur noch auf die *aestimatio* klagen, der Trödler nur noch diese anbieten.

Das Sachverhältniss gestaltet sich somit hier, wie beim Kauf auf Probe. Hat der Käufer gebilligt und seine Billigung dem Verkäufer erklärt, so hat dieser nur den Preis zu fordern. Die Erklärung der Billigung wird ersetzt durch die Vereinbarung einer Frist, nach deren Ablauf, wenn vorher die Missbilligung nicht erfolgt sei, die Preiszahlung *ipso jure* fällig werden solle. Diese Wirkung stillschweigender Billigung, auch wenn sie nicht besonders bedungen, liegt nach Art. 339 Abs. 4. HGB. in dem Ablauf einer Frist innerhalb der der Käufer sich nicht erklärt hat, stets dann, wenn die Ware zum Zweck der Besichtigung oder Probe bereits übergeben ist. Unter der Voraussetzung der Uebergabe gilt es auch in Ermangelung einer Fristabrede als Genehmigung der Ware, wenn der

Käufer, auf die an ihn gemäss Abs. 3 des Art. 339 ergangene Aufforderung des Verkäufers, sich zu erklären, stillschweigt. Diese handelsgesetzlichen Präsumtionen der Billigung, welche die Fälligkeit des Kaufpreises sofort herbeiführen und einen alternativen Klageantrag ausschliessen, finden auf den Trödelvertrag im Zweifel keine Anwendung, doch lassen sich auch beim Kauf auf Probe Fälle denken, wo die Klage des Verkäufers vor Ausübung des Wahlrechts des Käufers, alternativ neben der Preiszahlung auf Rückgabe der Ware gerichtet sein kann, z. B. wo eine Frist weder verabredet noch rechtsgebräuchlich ist, und der Verkäufer nach Ablauf einer den Umständen nach angemessenen Frist Klage erhebt, ohne dass er von seinem Rechte, den Käufer zur Erklärung aufzufordern (Art. 339 Abs. 3 HGB.) oder auf Bestimmung einer Frist durch den Richter (§ 337 I 11 ALK.) anzutragen, Gebrauch macht.

Auch Liebert, der sonst in der Beurteilung des Trödelvertrages vollständig auf dem Standpunkt Brinz's steht, verwirft das von Brinz zuerst angedeutete Unterscheidungsmerkmal der stets alternativen Verpflichtung des Trödlers und des stets alternativen Klagerechts des Gebers.

Nach seiner Ansicht soll der Trödler erstens den Verkauf der Sache an Dritte versuchen und zweitens berechtigt sein, selbst Käufer zu werden. Die Erklärung des Selbsteintrittes mache dem *jus variandi* des Trödlers ein Ende, konzentriere das Klagerecht des Gebers auf Preiszahlung und lasse als Annahme der im Trödelvertrage steckenden Verkaufsofferte einen Kauf entstehen, ebenso, wie unter anderen Verhältnissen der Trödelvertrag sich in seiner Wirkung dem Mandat oder der *locatio conductio* nähere. Liebert giebt dem Trödler noch mehr als das Klagerecht nur auf den durch *aestimatio* bestimmten Preis:

»Wenn nun aber der Trödler einmal gewählt und somit die Obligation zu einer definitiv einfachen gestellt hat, und er erfüllt diese dann nicht, in solchem Falle stehe ich nicht an zu behaupten, dass der Tradent gar nicht mehr an die frühere aestimatio gebunden ist, dass er vielmehr eine ganz neue Schätzung vorzunehmen und darauf seine Ansprüche zu basieren berechtigt wäre.« (S. 18). Eine solche Schätzung rechtfertigt sich m. E. jedoch nur dann, wenn sie auf Festsetzung des Schadens hinzielt, dessen Ersatz wegen verspäteter Erfüllung der Geber neben der Zahlung der vereinbarten aestimatio verlangen kann. Als Kauf aber lässt Liebert den Trödelvertrag nicht gelten. Er sieht in ihm, wie Brinz, einen zwar mehrdeutigen aber eigenen Vertrag. Daher wendet er sich gegen Reinhold, dessen Ansicht, dass der Trödelvertrag kein eigener Vertrag, sondern ein bedingter Kauf sei, auf der falschen Prämisse des Verkaufswillens des Gebers beruhe; ein solcher Wille liege nicht vor, weil dem Geber kein Kontrahent gegenüberstehe, mit dem eine Willenseinigung über den Kauf im Augenblicke der Sachübergabe zu ermöglichen sei, vielmehr nur eine solche über einen gewissen Schwebezustand, welcher vielleicht mit der Zeit einen Kauf herbeizuführen geeignet sei. Es liege nur ein nichtssagender Wunsch des Gebers vor, seine Sache zu verkaufen. (S. 40). Liebert erkennt, dass auch beim suspensiv bedingten Kauf nach Belieben eine Willenseinigung nur über die Möglichkeit des Geschäfts zu stande kommt, und dass der Verkaufswille nur eventuell und stets erst nach Verlauf jenes Schwebezustands seine Verwirklichung durch Zustimmung des Käufers findet.

Friedrichs (S. 23 ff.) sieht in dem Trödelvertrage eine Kombination aus einem suspensiv bedingten kommodatähnlichen Geschäft und einem suspensiv bedingten Kauf.

Dies soll, wenn ich recht verstehe, den Gewahrsam des Trödlers an der Sache während des Schwebens der Bedingung auf eine rechtliche Grundlage stellen, derzufolge sich der Schwebezustand dann je nach der Entscheidung in einen reinen Kauf oder in ein unbedingtes Geschäft auflöst, welches »mit der Leihe die Unentgeltlichkeit, mit der Miete gemeinsam hat, dass es in beider Parteien Interesse geschieht.«

Als Analoga führt Friedrichs das bei Gajus 3. 146 geschilderte Geschäft und den diesem nachgebildeten Fall in Jherings »Jurisprudenz des täglichen Lebens« S. 13 No. 24 auf. Es werden bei Gajus Gladiatoren übergeben mit der Verabredung, dass für den gefallenen und verwundeten Gladiator 1000 Denare, für diejenigen, welche unversehrt davonkämen 20 Denare »pro sudore« gezahlt werden sollen, Gajus entscheidet: »Et magis placuit eorum, qui integri exierint, locationem et conductionem contractam videri, at eorum, qui occisi aut debilitati sunt, emptionem et venditionem esse; idque ex accidentibus apparet, tamquam sub condicione facta cuiusque venditione an locatione; iam enim non dubitatur, quin sub condicione res veniri aut locari possint.

Dies heisst nach Friedrichs, dass aus diesem zweideutigen Geschäft durch den Tod der Gladiatoren ein Kauf, durch das Erhaltenbleiben derselben eine Miete werde, so dass das ganze Geschäft während der Schwebezeit eine Kombination aus einer suspensiv bedingten Miete und einem suspensiv bedingten Kaufe werde.

Die Miete soll hiernach suspensiv bedingt sein durch das Nichtzustandekommen des Kaufs d. h. durch das Nichtbehalten der Sache. Mithin würde die Miete perfekt erst im Moment der Sachrückgabe, welche jedoch im gewöhnlichen Leben ein bestehendes Mietsverhältniss bereits auflöst,

Ebensowenig ist Friedrichs Auffassung der »condicio« als einer stets suspensiven Bedingung begründet. Ich verweise bloss auf das *negotium, quod sub condicione resolvitur*, der Quellen (L. 1 de don. 39. 5) und auf Fittings Ausführungen in Goldschmidts Z. f. H. B. 2 S. 242, im Archiv f. c. P. Bd. 46 S. 246 und auf Dernburg Pand. II, S. 261 Anm. 3.

Es liegt also m. E. ein perfekt abgeschlossener, aber resolutiv durch das käufliche Behalten bzw. den Untergang der Mietssache bedingter Mietsvertrag vor, auf Grund dessen die Uebergabe erfolgt ist. Der Kauf wiederum ist suspensiv bedingt ebenfalls durch den Untergang der Mietssache. In diesem Sinne ist das Geschäft des Gajus »sub condicione facta cujusque venditione an locatione« geschlossen: Ein zweideutiges kombiniertes Geschäft liegt vor, auch ist die Aehnlichkeit mit dem Trödelvertrage nicht zu verkennen. Auch hier ein suspensiv bedingter Kauf, und zwischen der in die freie Entscheidung des Trödlers gestellten Bedingung und der Bedingung beim Kauf der Gladiatoren ist kein nennenswerter Unterschied, da der Empfänger die Sklaven nicht nur für den Fall ihrer Tötung, sondern nach Belieben, sofern er nur den Kaufpreis zahlt, wird behalten dürfen. Es fragt sich nur: wie rechtfertigt sich des Trödlers Gewahrsam an der Sache in der Zeit von der Uebergabe bis zur Entscheidung? setzt hier der Gewahrsam auch ein kombiniertes Rechtsgeschäft voraus, oder liegt er bereits in der Natur des Trödelvertrags als bedingten Kaufes begründet?

Er ist nach dem Grundsatz der L. 8 pr. mand. 17. 1: *unius cuiusque enim contractus initium spectandum et causam zu verfahren*. Wir fanden in dem Fall des Gajus einen resolutiv bedingten, d. h. einen von einer Auflösungsabrede begleiteten perfekten Mietsvertrag vor, auf Grund

dessen Uebergabe und Gewahrsam erfolgt. Dahin geht auch die Absicht der Kontrahenten. Jherings Porzellanhändler, der dem Gastgeber eine grosse Quantität Teller, der Gladiatorenvater, der dem Entrepreneur die Gladiatoren übergibt und sich neben einer Gebrauchsentschädigung den vollen Kaufpreis und darüber für den Fall des Untergangs ausbedingt, will er vermieten oder verkaufen? Ohne Zweifel wollten die Parteien lediglich einen Mietsvertrag schliessen, und die weitere Vereinbarung bezüglich der Zahlung des Kaufpreises bedeutet nichts anderes, als dass der Vermieter auf den Mieter die Gefahr des Untergangs der Mietssachen abwälzt, welcher sie ihrer Beschaffenheit nach und bei zweckentsprechender Behandlung besonders ausgesetzt sind. Denselben Zweck konnten die Parteien, — mag nun Miete, Kommodat, Depositum vorliegen, — wie hier durch einfaches pactum, so auch, wie oben ausgeführt, durch aestimatio venditionis causa erreichen. Dem Vertrage, auf Grund dessen die Uebergabe erfolgt ist, ist eine Risikoklausel beigefügt, welche die Wirkung eines suspensiv bedingten Kaufes hat.

Anders beim Trödelvertrag! Hier hat der Parteiwille weder Miete, noch Kommodat, noch ein diesen ähnliches Geschäft in den Vordergrund gestellt, das die Uebergabe der Sache an den Trödler und dessen Gewahrsam bis zu seinem Entscheide rechtfertigt. Der Trödelvertrag setzt seiner rechtlichen Natur nach bereits voraus, dass dem Trödler die Sache übergeben und belassen werde, damit er die geschäftlichen Manipulationen, insbesondere den Verkauf vornehme, nach welchen seine Entscheidung, ob er die Sache zurückgebe oder behalte, sich gewöhnlich bestimmt. Hierdurch ist, wie oben nachgewiesen, die besondere Vereinbarung einer Entschädigung für Innehaben und Gebrauchen der Sache nicht ausgeschlossen.

Materiell waltet also, wie wir gesehen haben, eine Verschiedenheit zwischen Trödelvertrag und suspensiv bedingter Kauf auf Probe nicht ob. Dem widerspricht nicht, dass die Römer den Trödelvertrag als Innominatkontrakt behandelt und die Anwendung der *actio emti venditi* ausdrücklich ausgeschlossen haben. Denn auch den Kauf auf Probe haben sie, wie Goldschmidt und Fitting nachgewiesen, in den Pandekten als Innominatkontrakt klagbar gemacht, sofern nur die Uebergabe an den Kaufliebhaber erfolgt ist. Den Digestentitel *de praescr. verbis et in factum act.* 19. 5 nennt Goldschmidt S. 110 den Hauptsitz der Lehre vom Kauf auf Probe, während Bechmann (Der Kauf nach gemeinem Recht II S. 238) einen sicheren Beweis für einen bedingten Kauf auf Probe als selbständiges Rechtsgeschäft in den Pandekten nicht findet. Die letztere Ansicht scheint bei oberflächlicher Betrachtung der Berechtigung nicht zu entbehren. Denn während die Institutionen (§ 4 L d. emt. 3. 23) den Kauf unter der Bedingung »*si placuerit*« geradezu als Hauptbeispiel des suspensiv bedingten Kaufvertrages hinstellen, sprechen die Pandekten an verschiedenen Stellen ¹⁾ den Grundsatz aus, dass ein Geschäft, dessen Zustandekommen und Bestehen lediglich von der Bedingung des Beliebens des Verpflichteten abhängig sei, eine rechtliche Wirksamkeit nicht habe. Die Anomalie scheint auf der Hand zu liegen; jedoch nur für den suspensivbedingten Kauf, denn für den resolutivbedingten Kauf löst sie sich einfach dadurch, dass dieser

1) L. 8 D. de oblig. et act. 44. 7: *Sub hac condicione »si volum« nulla fit obligatio, pro non dicto enim est, quod dare. nisi velit, cogi non possit.* L. 7 pr. D. de contr. empt. 18. 1, L. 17, L. 46 § 3 L. 108 § 1 de verb. oblig. 45. 1; L. 13 C. de contr. emptione 4. 38.

sich nach L. 2 de in diem addict. als perfekter Kauf nebst einem in continenti beigefügten, also mit der Kaufklage klagbarem pactum adjectum darstellt, welches d. beliebige Rücktrittsrecht des Käufers verbürgt¹⁾. Bezüglich des suspensivbedingten Kaufes sind die verschiedensten Versuche gemacht, den Widerspruch zu beseitigen. Fitting hat sie im Arch. f. civil. Praxis Bd. 46 kurz zusammengestellt. Man leugnete zunächst das freie Belieben des Käufers und wollte ihn auf das arbitrium boni viri beschränken. So Unger in G's Z. f. Hr. Bd. 3 S. 407. Ihn widerlegt in Uebereinstimmung mit der herrschenden Meinung, die in Art. 339 HGB. ihre gesetzliche Sanktion erhalten hat, Fitting gründlich a. a. O. und G's Z. f. Hr. Bd. 5 S. 86. Auch nach Goldschmidt in s. Z. f. Hr. Bd. 1 S. 118 giebt es für Gefallen und Missfallen keinen anderen Massstab als einen subjektiven. Goldschmidt findet in dem Kauf auf Probe keinen Widerspruch mit den allgemeinen Prinzipien (a. a. O. S. 271), denn er sieht in dem Geschäft vor der Billigung des Käufers noch keinen eigentlichen Kauf, sondern lediglich ein einseitiges vom Kaufliebhaber acceptiertes, somit gültiges und bindendes Versprechen des Verkäufers, zu einem gewissen Preise zu verkaufen, sofern der Gegner zu diesem Preise kaufen wolle. In der Realisierung müsse dies einseitige pactum de vendendo zu einem gegenseitigen Verträge werden, und zwar in dem Augenblicke, wo der Acceptant seinerseits das Versprechen zu kaufen ablegt, welches der Verkäufer im voraus bereits acceptiert habe. So lasse sich der einseitige Verkaufsvertrag als Kauf unter einer Potestativbedingung fassen und sei als solcher klagbar.

1) Fitting, A. f. c. p. Bd. 46 S. 251. Goldschmidt in G's. Z. f. Hr. Bd. 1 S. 273.

Fitting (G's Zeitschrift f. Hr. Bd. 2 S. 229) findet jedoch ausser einer rein begrifflichen und theoretischen auch eine praktische Verschiedenheit zwischen Goldschmidts pactum de vendendo, das zu einem suspensivbedingten Kauf erst wird, und dem von vornherein bestehenden Kauf unter einer Potestativbedingung. Denn aus dem pactum de vendendo könne der Acceptant, wenn ihm der Handel zusagt, nur Abschluss des Kaufvertrages verlangen, aus dem Potestativkauf aber nach erklärter Billigung sofort unmittelbar Leistung der Ware, was z. B. hinsichtlich des periculum, wenn die Ware nach der Erklärung untergegangen sei, sehr abweichende Folgen haben könne. Eine Singularität läge demnach auch in der Behandlung des pactum de vendendo als potestativbedingten Kaufes.

Durch eine andere m. E. zutreffende Erklärung beseitigt Fitting mit Erfolg den Quellenwiderspruch. Die Regel des § 4 J. de emt. 3. 23, dass eine auf die reine Willkür des Verpflichteten gestellte Bedingung das ganze davon abhängige Geschäft vernichte, habe nur dann Geltung, wenn die Bedingung ausdrücklich auf den Willen (voluntas) oder die Willkür (arbitrium) gestellt würde. Freilich stehe objektiv und der Wirkung nach bei der Bedingung »si placuerit« die Erfüllung ganz ebenso in der Willkür des Käufers, als bei der Bedingung »si volueris«, aber dort sei die Bedingung keineswegs ausdrücklich auf den Willen des Käufers gestellt, sondern nur auf den objektiven Umstand, dass die Ware dem Käufer gefalle. Es komme also nicht darauf an, ob dem Erfolg nach, sondern bloss darauf, ob der Form nach das Geschäft von der Willkür des Verpflichteten abhängig gemacht würde.

Die Verschiedenheit der Formen aber gestattet wie-

derum einen Rückschluss auf das Vorhandensein oder Nichtvorhandensein des Verpflichtungswillens, der trotz aller abstrakten Regeln für die rechtliche Gültigkeit des Geschäfts massgebend bleibt. In diesem Sinne sagt *Dernburg* (Pandekt. Bd. 1 S. 257 Anm. 5) kurz und treffend: »Das letzte Wort ist eben: es ist Frage der Auslegung, ob man sich durch die Verweisung auf künftige eigene Entschlüsse noch gar nicht binden, oder ob man sich bedingt binden will. Das erstere nahmen die Römer namentlich an, wenn man verspricht »si volam«, das letztere: »si Stichus mihi placuerit«. Dies entspricht der Weise, wie man sich im Verkehr auszudrücken pflegte«.

Einen anderen Ausgleich zwischen den allgemeinen Grundsätzen und der Thatsache der Rechtsgültigkeit des Kaufs auf Probe findet *Fitting* in der Natur desselben, als blosser Verkaufsofferte, die der Offerent nicht willkürlich zurücknehmen könne, da er zugleich stets erklärt habe, sie eine Zeitlang bestehen zu lassen. Durch die völlig vom Belieben abhängige Acceptation des Oblaten entstehe dann unmittelbar und unbedingt ein eigentlicher Kaufvertrag. Diese Auffassung liegt, wie *Fitting* S. 223 a. a. O. Anm. 31 selbst anführt, den Ausführungen *Goldschmidts* zu Grunde, nur dass dieser ein suspensivbedingtes pactum de vendendo annimmt, wo *Fitting* eine Verkaufsofferte sieht, die der Offerent eine Zeitlang offenzuhalten verbunden ist.

Neben allen diesen Wegen, dem suspensivbedingten Kauf rechtlich Wirksamkeit zu verschaffen, stand den Römern, wie *Goldschmidt* und sein Kritiker *Fitting* an vielen Stellen ihrer zitierten Abhandlungen übereinstimmend erwähnen, ein Weg offen, nämlich die Behandlung des Geschäfts als Innominatkontrakt für den Fall,

dass die Kaufsache übergeben ist¹⁾. Die Uebergabe erfolgt dann stets, je nach Art des Gegenstandes, auf Besicht: *ad inspiciendum*, oder auf Probe: *ad experiendum*, ohne dass aus der Uebergabe ersichtlich ist, ob das Geschäft *resolutiv* oder *suspensiv* bedingt ist. Im Uebrigen ist der *Innominatkontrakt* die einzige Form, in der der Kauf auf Probe in den *Pandekten* erscheint.

Das hat in der geschichtlichen Entwicklung seinen Grund. *Stipulationsform* und das reale Moment der Hingabe waren das ursprüngliche Erforderniss der Klagbarkeit des Geschäfts, während *Konsensualverträge*, insbesondere der Kauf erst allmählich und mit Widerstreben in dem Kreise der klagbaren Verträge Aufnahme fanden²⁾, während die *pacta* garnicht, oder nur als sogenannte *p. vestita* klagbar wurden.

Es musste daher beim bedingten Kauf, wo ausser dem Konsens noch auch die Uebergabe der Ware eine formelle Grundlage der Klagbarkeit bildete, zunächst eine Konkurrenz der Kontraktsklage mit der *a. praescriptis verbis* eintreten. Doch fand prinzipiell die Kaufklage nur Anwendung aus dem perfekten Kauf, beim *suspensivbedingten Kauf auf Probe* also erst nach Billigung der Ware, (*Goldschmidt a. a. O. S. 121, 264 Anm. 5*) beim *resolutivbedingten*, der als perfekter Kauf mit einer *Resolutivklausel* aufgefasst wurde (*L. 2 § 5 D pro emptore 41. 4*), war ihr Anwendungsgebiet ein weiteres. Doch auch hier konkurrierte mit ihr, wenn auf Auflösung des Geschäfts wegen Missbilligung vom Käufer geklagt wurde, und die

1) *Goldschmidt*, Z. f. Hr. Bd. 1 S. 111, 121, 262 ff. *Fitting*, ebenda Bd. 2 S. 230, 275; *A. f. c. Praxis* Bd. 46, S. 249.

2) *Dernburg*, *Pandekten*. Bd. II S. 254 Anm. 21. *Dernburg*, *Preuss. Privatrecht* Bd. II S. 336.

Sache übergeben war, eine *actio in factum* (B. 6 D. de resc. vend. 18. 5) die unter gewissen Umständen der *a. redhibitoria* nachgebildet wurde ¹⁾.

So ist der Kauf auf Probe, — wie gesagt: nur der suspensivbedingte, — als Innominatkontrakt an folgenden Stellen der Pandekten erörtert.

1) L. 20 pr. D. de praescr. verbis 19. 5. Ulpianus libro XXXII ad Edictum. — Apud Labeonem quaeritur, si tibi equos venales experiendos dederō, ut, si in triduo displicuissent, redderes, tuque desultor in his cucurreris, et viceris, deinde emere nolueris, an sit adversus te ex vendito actio? Et puto, verius esse, praescriptis verbis agendum, nam inter nos hoc actum, ut experimentum gratuitum acciperes, non ut etiam certares.

Es sind Pferde zum Zweck des Verkaufes (*venales*) zur Probe übergeben worden mit der Verabredung der Rückgabe innerhalb 3 Tagen, falls sie nicht gefallen. Der Empfänger gewinnt während dieser Zeit mit den Pferden beim Rennen einen Preis und will sie dann nicht kaufen.

Die *a. praescriptis verbis* sowie die Worte: »si emere nolueris« deuten auf einen suspensivbedingten Kauf. Er stellt sich dar als Verkaufsofferte des Tradenten, durch die dieser sich für die Frist von 3 Tagen einseitig bindet, und die durch rechtzeitige Annahme zum perfekten Kauf wird. Daneben übergibt der Offerent die Pferde, der Oblat nimmt sie an, verpflichtet sich hierdurch zur Rückgabe für den Fall der Missbilligung und verpflichtet sich ferner stillschweigend, eventuell durch Behalten der Pferde die Annahme, durch Rückgabe die Nichtannahme der Offerte dem Oblaten kundzuthun.

1) L. 31 §§ 17—19, 22 D. de aed. ed. 21, 1. L. 4 C. de aed. ed. 4. 58. Goldschmidt: a. a. O. S. 121 Anm. 30.

Bechmann a. a. O. S. 235 bestreitet das Vorhandensein eines Kaufes auf Probe. Er sieht in dem Geschäft lediglich einen durch Uebergabe und Annahme zustande gebrachten selbständigen Realkontrakt, in dessen *lex contractus* die Offerte nur einen Bestandteil bilde, und dessen Hauptinhalt die Verpflichtung des Empfängers sei, die Sache zurückzugeben, sofern sie ihm nicht gefalle.

Es bestimmt sich auch hier das Wesen des Geschäfts nach der Absicht der Parteien.

Nicht dem Empfänger die Verpflichtung der Rückgabe aufzuerlegen ist der Zweck der Uebergabe, sondern den Empfänger in Stand zu setzen, seinen Entschluss durch eigenhändiges Probieren zu bestimmen und in oben angegebener Weise zu äussern. Im Gegensatz zu seiner obigen Anschauung von der Uebergabe als Grundlage stets eines Realkontrakts geht Bechmann wiederum von der Uebergabe aus, um rechtliche Existenz und Klagbarkeit des suspensivbedingten Kaufs auf Probe in den Quellen zu erklären (S. 233): Durch das vorbehaltene Probieren sei die Uebergabe, wenn auch kein notwendiges, so doch regelmässiges Erforderniss des Geschäfts und in der Annahme der Kaufsache spreche sich der ernstliche Vertragswille des Empfängers aus, indem seine Erwartung, dass die Sache und Handel ihm gefallen würde, in der Annahme der Sache in ganz anderer Weise Ausdruck finde, als in der Erklärung: »wenn ich mag«. Indem die Entscheidung der Bedingung sich nunmehr beziehe auf das Behalten oder Zurückgeben der Sache, nähere sich vielmehr der gewöhnlichen Potestativbedingung.

Trotzdem Bechmann so aus dem Moment der Uebergabe des Kaufobjekts die scheinbare Anomalie der Rechtsgültigkeit und Klagbarkeit des Kaufes nach Belieben zu beseitigen sucht, lässt er in L. 20 bei durchaus gleicher

Rechtslage infolge der Hingabe der Sache an den Kaufliebhaber einen Innominatkontrakt entstehen, der den Kauf auf Probe als formell selbständiges Geschäft ausschliesst.

Der hierin liegende Widerspruch ist unverkennbar. Wir müssen daher daran festhalten: Es liegt in L. 20 ein suspensiv bedingter Kauf auf Belieben vor, der als solcher in Ermangelung der Kontraktsklage mit der *a. praescriptis verbis* klagbar ist, deren Voraussetzungen: Hingabe und Verpflichtung der Rückgabe, die hier zugleich Erfordernisse des Kaufs auf Probe sind, vorhanden sind. Goldschmidt meint (S. 263) in Bezug auf die Fälle der L. 20, möglicherweise seien nur Kauftraktate gewollt, da eine Preisabrede nicht getroffen sei. Angegeben ist eine solche nicht, und zwar m. E. lediglich aus dem Grunde, weil der Preis für die Darlegung des Falls und die Beantwortung der an ihn geknüpften Frage ohne jegliche Bedeutung ist.

Lab eo fragt: Findet die *a. venditi* statt gegen den, der mit den zur Probe erhaltenen Pferden rennt, den Preis gewinnt und dann nicht kaufen will? Das Objekt der Klage nennt der Jurist nicht, denn zweifellos kommt nur der Siegerpreis in Betracht; ein Verlangen des Kaufpreises ist ausgeschlossen, da der Kauf wegen Missbilligung nicht zustande kommt. Die *a. venditi* wiederum kann deshalb keine Anwendung finden, weil sie, wie wir oben gesehen und die folgenden §§ der L. 20 es deutlich besagen, einen perfekten Kauf voraussetzt. Es bleibt dem Tradenten zur Erlangung des Preises, den seine Pferde gewonnen haben, nur die Klage aus dem Innominatkontrakt übrig, der stets zu Stande kommt, wo Sachen mit der Verpflichtung der Rückgabe übergeben werden.

Nach *Bechmanns* Ansicht (S. 236) brachte *Lab eo* die *a. venditi* nicht für den Siegerpreis, sondern für die Bezahlung des Kaufpreises in Vorschlag, denn der Jurist

erblicke eine Billigung der Pferde darin, dass der Empfänger sie über das Mass des blossen Probierens hinaus benütze und betrachte somit den Kauf als perfekt. Dass es jedoch für Gefallen und Missfallen keinen andern Massstab giebt, als den subjektiven und Besehen und Probieren nur Mittel zum Zweck sind, hat *Bechmann* selbst verschiedentlich anerkannt und ist auch *Lab eo* geläufig gewesen. Wo aber sollen Rennpferde anders probiert werden, als auf der Rennbahn? Dass ferner *Lab eo* überhaupt daran gedacht hat, die *a. venditi* auf den Siegerpreis zu gewähren, wiewohl der Kauf nicht perfekt geworden ist, beweist, dass man als Grundlage des Rechtsverhältnisses einen bedingten Kauf, nicht aber einen Innominatkontrakt zu betrachten hat.

2) Einen weiteren Anwendungsfall d. *a. praescriptis verbis* bei einem suspensiv bedingten Kauf auf Probe enthält der § 1 der L. 20 h. t.

»Item apud Melam quaeritur, si mulas tibi dedero, ut experiaris, et si placuissent, emeris, si displicuissent, ut in dies singulos aliquid praestares; deinde mulae a grassatoribus fuerint ablatae intra dies experimenti, quid esset praestandum, utrum pretium et merces, an merces tantum? Et ait Mela, interesse, utrum emptio iam erat contracta, an futura, ut si facta, pretium petatur, si futura, merces petatur. Sed non exprimit de actionibus; puto autem, si quidem perfecta fuit emptio, competere ex vendito actionem, si vero nondum perfecta esset, actionem talem, qualem adversus desultorem dari.«

Die Kaufklage findet statt nur, wenn vor dem Raube der Maultiere der Kauf *jam erat contracta - perfecta - facta*, mag er nun pure oder resolutiv bedingt geschlossen sein. Aus dem »zukünftigen« Kauf ergibt sich wieder die *a.*

praescriptis verbis. Denselben Standpunkt vertritt auch Fitting Z. f. Hr. Bd. 2 S. 271¹⁾.

3) § 2 der Lex 2 h. t. (19. 5):

»Si, quum emere argentum velles, vascularius ad te detulerit et reliquerit, et, quum displicuisset tibi, servo tuo referendum dedisti, et sine dolo malo et culpa tua perierit, vascularii esse detrimentum, quia eius quoque causa sit missum. Certe culpam eorum, quibus custodiendum perferendumve dederis, praestare te oportere, Labeo ait; et puto, praescriptis verbis actionem in hoc competere.«

Aus den Anfangsworten der Stelle bereits ergibt sich die Willensrichtung der Parteien auf einen suspensiv bedingten Kauf auf Probe. Der Kauf wird infolge des Untergangs der Sache nicht perfekt. Es kann daher der Tradent den Ersatz des Schadens nur mit a. praescr. verbis geltend machen. In Beziehung hierauf sagt Goldschmidt a. a. O. S. 121: »Der Ersatzanspruch kann nicht mit der Kaufklage geltend gemacht werden, da wegen Defizienz der Bedingung gar kein Kauf zu stande gekommen ist, sondern mit der actio praescriptis verbis aus dem allein übrigbleibenden Innominatkontrakt.« Und weiter mit Bezug auf die beiden vorhergehenden Fälle der Lex 20: »Beides: — der aus der einstweiligen Benutzung der Sache gezogene Gewinn und der für den Gebrauch in der Probe eventuell verabredete — Lohn wird mit einer actio praescriptis verbis eingeklagt, da die actio venditi hier nicht zureicht, die für den ersten Anspruch denkbare actio commodati und die für den zweiten denkbare actio locati, aber um deswillen ausgeschlossen sind, weil ursprünglich nicht ein Leih- und Mietsvertrag, sondern ein Kaufhandel bezweckt worden war.«

1) Bechmann hält auch hier und in den weiteren Stellen an dem Innominatkontrakt, der nebenbei eine Verkaufsofferte enthalte, fest.

4) Ein weiteres Beispiel eines a priori gewollten Kaufes auf Probe, der durch Untergang der Sache nicht perfekt wird und infolge der Sachübergabe die Wirkungen des Innominatkontrakts hat, enthält L. 17 § 4 eodem (19. 5). In den Anfangsworten: »Si quum mihi vestimenta venderes, rogavero, ut ea apud me relinquant, ut peritioribus ostenderem« kommt deutlich zum Ausdruck, dass auch zeitlich die Verkaufsofferte der Sachtradition vorangeht und den Charakter des Geschäfts als suspensiv bedingten Kaufes auf Probe bestimmt.

Ist somit festgestellt, dass die Römer den suspensiv bedingten Kauf auf Probe, sofern nur das Kaufobjekt ad experiendum oder ad inspiciendum übergeben worden, infolge der beschränkten Wirksamkeit der Kontraktsklage als Innominatkontrakt behandelt und mit a. praescr. verb. klagbar gemacht haben, so erscheint die Annahme gerechtfertigt, dass auch das im Nachbartitel 19. 3 der Digesten erwähnte vendendum dare, das materiell mit dem Kauf auf Probe identisch ist, im Sinne der Quellen als ein in Gestalt des Innominatkontrakts klagbarer Kauf auf Probe anzusehen ist.

Diese Ansicht steht vollkommen auf dem Boden der Forschungen Goldschmidts über den Kauf auf Probe: Goldschmidt sagt a. a. O. S. 265): »Welche unter diesen beiden Auffassungen unseres Instituts — (sc. des Kaufs auf Probe als Innominat- und Consensualkontrakts) — die ältere ist, lässt sich schwer entscheiden; die Wahrscheinlichkeit spricht für die Realvertragstheorie. Jedenfalls standen beide nicht unvermittelt nebeneinander, sondern es lässt sich mit Sicherheit behaupten, dass überall die Regeln des Kaufvertrages angewendet wurden. Vom Standpunkt des Käufers erschien der verabredete Preis als Kaufpreis, vom Standpunkt des Innominatkontrakts als aestimatio.«

Ein ferneres Argument für unsere Annahme, dass die Innominatkontraktsklage, die den Trödelvertrag schützte, der Auffassung desselben als suspensiv bedingten Kaufs auf Probe nicht im Wege steht, findet sich darin, dass die *a. praescr. verbis* auch bei nicht benannten Real- und bei Consensualverträgen Anwendung fand, sofern nur die Sache übergeben und neben deren Rückgabe alternativ die Zahlung der *aestimatio* bedungen war. Diesen Grundsatz enthält nach Jherings und Brinz's¹⁾ übereinstimmender, jedoch von einander unabhängiger Interpretation die L. 1 D. pr. de aestimatoria 19. 3, die ex professo den Trödelvertrag behandelt: 1 Ulpianus libro XXXII ad Edictum —: »Actio de aestimato proponitur tollendae dubitationis gratia. Fuit enim magis — dubitatum, quum res aestimata vendenda datur, utrum ex vendito sit actio propter aestimationem, au ex locato, quasi rem vendendam locasse videatur, an ex conducto, quasi operas conduxissem, an mandati. Melius itaque visum est, hanc actionem proponi, quoties enim de nomine contractus alicuius ambigeretur, conveniret tamen aliquam actionem dari, dandam aestimatoriam praescriptis verbis actionem; est enim negotium civile gestum, et quidem bona fide, quare omnia et hic locum habent, quae in bonae fidei iudiciis diximus.«

Die Ungereimtheit, die der Satz von »Quotiens« bis »actionem« ergibt, ist unverkennbar. Er bedeutet deutsch: »Wie oft man auch über den Namen eines Kontraktes Zweifel hegte, sobald man jedoch übereingekommen sei, dass irgend eine Klage gegeben werden müsse, da müsse d. a. aestimatoria praescr. verbis zur Anwendung kommen«. Eine Allerweltsklage nennt sie Jhering »die

1) Jhering: »Kritisches und exegetisches Allerlei in seinen Jahrbüchern. Bd. 15. S. 188. Brinz a. a. O. S. 43.

überall in der Not zur Anwendung gelangt und Einen nie im Stich lässt«.

Nur eine Aenderung des augenscheinlich verdorbenen Textes könne helfen: So lesen Jhering und Brinz statt:

»aliquam actionem dari«

»aestimationem dari«

und indem Jhering durch eine Umänderung des *conveniret in convenerit* die vorhergegangene Verabredung der *aestimatio* erkennen lässt, gewinnt man folgenden Sinn: Welches auch der Name des Kontraktes sei, sobald nur die Sache übergeben sei unter der alternativen Verpflichtung des Empfängers die Sache zurückzugeben oder die *aestimatio* zu zahlen, fände die *a. praescr. verbis* statt.

Das Bedürfniss einer solchen Klage sei im röm. Recht unabweisbar, sagt Jhering, denn wenn ein auf Rückgabe der Sache gerichteter Kontrakt, wie *Kommodat*, *Depositum*, *Mietskontrakt*, *Pacht*, *Dos*, durch einen Nebenvertrag dahin modifiziert werde, dass der Empfänger neben der Rückgabe der Sache wahlweise zur Zahlung der *aestimatio* berechtigt sei, so könne die entsprechende Kontraktsklage auf Zahlung der *aestimatio* nicht erhoben werden, da ihr gegenüber dem Beklagten vom Richter stets nur die *Naturalrestitution* auferlegt würde.

So erklärt sich die *a. praescr. verbis* auch für den *Trödelvertrag*. Da aber hier die *aestimatio* nicht wie bei den ebengenannten Verträgen auf einem Nebenvertrage beruht, sondern selbst *Essentiale* des Vertrages ist, so hat die *a. praescr. verbis* eine Kontraktsklage zu ersetzen, die nach dem römischen Formalismus nur auf Zahlung der *aestimatio* ging, nicht aber daneben alternativ auch auf *Sachrückgabe* oder auf diese allein erhoben werden konnte. Diese Klage war im vorliegenden Falle die *a. empti venditi*, sie fand, wie oben erörtert, Anwendung, wo die

aestimatio allein in obligatione war, z. B. bei der ästimateden Dos, bei der Uebernahme des ästimateden Inventars durch den Pächter pp. Es ergibt sich ferner, dass nur der suspensivbedingte Kauf für den Trödelvertrag in Betracht kommt. Denn beim resolutivbedingten, also perfekten Kauf hätte nichts die Anwendung der Kaufklage gehindert. Nach Art. 339 HGB. ist der Kauf auf Probe im Zweifel aufschiebend bedingt, nach § 333 I 11 ALK. ist er dies stets. Dernburg Pandekten II S. 261 Anm. 6 dehnt die Bestimmung der HGB's auf das gemeine Recht aus: »denn sie wurzelt nicht in einer Eigentümlichkeit des Handelsverkehrs, sondern in der Betrachtung der Intentionen des Verkehrs im Allgemeinen«.

Wendet man so die Regeln des Kaufvertrages auf den Trödelvertrag an, so beantworten sich leicht die vielfach umstrittenen Fragen der Haftung für den zufälligen Untergang der Ware und des Eigentumsübergangs. Demgemäss sagt Goldschmidt weiter: »Das periculum traf hier nicht unbedingt den Empfänger, sondern nur insoweit derselbe bei Auffassung des Kontraktes als Kaufs ihn treffen musste, also bald nicht, bald durchaus«.

»Dieses Resultat entspricht vollkommen der Entwicklung der Lehre von den ästimatorischen Kontrakten. Auch beim Trödelvertrag finden wir verschiedene Regeln für die Gefahrtragung«.

Auch die Zweifel, wie sie namentlich beim Trödelvertrage bestehen, ob und unter welchen Voraussetzungen das Eigentum auf den Empfänger übergehe, löst Goldschmidt unter Anwendung der Regeln vom Kauf (S. 266). Beim suspensivbedingten Kauf, als welchen sich der Trödelvertrag darstellt, ist somit vor dem Eintritt der Bedingung der Eigentumsübergang ausgeschlossen.

Das Konditionsgeschäft gilt in der Litteratur überwie-

gend als Trödelvertrag. Es erscheint bei Dernburg Pand. II S. 331 Anm. 10 als besondere Art des Trödelvertrages, denn es enthalte die wesentlichen Charakterzüge desselben, nämlich einmal die Uebermachung einer »res vendenda«, und zweitens die Verbindlichkeit, die Ware oder eine festgesetzte Summe zurückzugeben. Auch Buhl (S. 180) fasst das Konditionsgeschäft als einen »durch die buchhändlerischen Usancen eigentümlich entwickelten Trödelvertrag« auf. Friedrichs (S. 27) sagt: »Der Konditionsvertrag enthält ohne Zweifel einen suspensivbedingten Kauf«, den übrigens Friedrichs auch im Trödelvertrag sieht. Ebenso wendet Liebert (S. 3) das Konditionsgeschäft als Beispiel des Trödelvertrages an. In Goldschmidts Vorlesungendiktat findet sich nach Weidlings (S. 123 Anm. 1) Zitat die Ansicht, das Konditionsgeschäft sei ein wahrer Trödelvertrag, und folgerecht spricht Goldschmidt in seinem Handbuch I S. 645 mit Bezug auf die Geschäfte des Buchhandels in Art. 272 Abs. 5 HGB. von den Ankäufen zur Weiterveräußerung sowohl auf feste Bestellung, wie à condition.

Das gleiche Resultat haben die Erörterungen im I. Abschnitt dieser Arbeit ergeben, wo wir an der Hand der Brinz'schen Essentialien des Trödelvertrages diesen und das Konditionsgeschäft zergliedert und, abgesehen von einigen usancenmässigen Eigentümlichkeiten beim Konditionsgeschäft, stets völlige Uebereinstimmung gefunden haben.

Die entgegengesetzte Meinung vertritt Waechter (S. 499). Er hält das Konditionsgeschäft für einen Innominatkontrakt, »welcher in Beziehung auf die Verbindlichkeit des Sortimenters und seinen Anspruch auf den buchhändlerischen Rabatt nach Analogie der locatio conductio

operarum, im Uebrigen aber nach der besonderen Natur des buchhändlerischen Geschäftes zu beurteilen ist«.

Eine gewisse Verwandtschaft zwischen Trödelvertrag und Konditionsgeschäft findet auch Waechter, er führt sie aber auf den Charakter des contractus aestimatorius als eines dem Mandat verwandten Vertrages zurück. Die Verschiedenheit aber beruhe auf der Eigentümlichkeit des Trödelvertrages, wonach der Empfänger des zu verkauften Objektes sein Interesse in der Steigerung des Preises und der Erzielung eines hohen Mehrerlöses suche, während nach der Eigentümlichkeit des Buchhandels der Ladenpreis durch den Verleger normiert werde. Es erübrigt sich an dieser Stelle, das Irrige der Ansicht Waechters nachzuweisen; seine Voraussetzungen der Aehnlichkeit des Trödelvertrages und Konditionsgeschäftes mit dem Mandat und der locatio conductio sowie das angebliche Recht des Verlegers, den Ladenpreis zu normieren, haben oben Erörterung und Widerlegung gefunden.

Von denselben Gesichtspunkten waren Gerbers Auffassung des Konditionsgeschäfts (System des deutschen Privatrechts § 199) als einer eigentümlichen Art des Kommissionshandels zurückzuweisen.

Weidling (S. 130 ff.) bestimmt das Konditionsgeschäft seiner juristischen Natur nach als einen suspensivbedingten Kauf, gestellt unter die negative Bedingung, dass bis zum Eintritt eines gewissen Termins die Sache nicht zurückgegeben werde. Von dem gemeinrechtlichen unterscheide es sich, wie der suspensiv bedingte Kauf, durch das nur einfache Klagerecht des Käufers und das stets alternative auf Preis und Sache gerichtete des Trödlers.

Dagegen sei das Konditionsgeschäft ein Trödelvertrag im Sinne des Preussischen Landrechts, denn seine auch dem Konditionsgeschäft eigentümliche Terminsbestimmung

schliesse von vornherein die Alternativität der Klage und daher auch die Aehnlichkeit mit dem gemeinrechtlichen contractus aestimatorius aus. Es genügt hier die blosse Darlegung der von uns abweichenden Ansicht. Die Unhaltbarkeit der Unterscheidungsmerkmale haben wir oben bei Erörterung der Alternativobligation und der rechtlichen Natur der Fristabrede nachzuweisen gesucht.

Buhl S. 177, der das Konditionsgeschäft mit dem Trödelvertrage identifiziert, erblickt zwischen ersterem und dem suspensivbedingten Kauf nach Belieben den Unterschied darin, dass hier die Perfektion vom blossen Belieben des Käufers abhängt, beim Konditionsgeschäft dagegen sei der Sortimenter mit dem Vertragsschlusse sofort endgiltig obligiert und könne nur eine Zeitlang zwischen zwei verschiedenen Arten der Erfüllung wählen. Wozu obligiert? Unzweifelhaft doch, wie der Trödler und der Käufer auf Probe, dem das Kaufobjekt übergeben worden, obligiert, nach seiner Wahl die Sache zurückzugeben oder den Preis zu bezahlen, denn dass es auch im Belieben des Sortimenters steht, ob er zahle, oder remittiere, bestreitet auch Buhl nicht.

Es ist somit das Konditionsgeschäft nichts anderes als ein durch buchhändlerische Usance entwickelter Kauf auf Probe.



Hirschberg, Georg

Der contractus aestimatorius und seine Beziehungen zum buchhändlerischen
Konditionsgeschäft und zur Verkaufskommission

Göttingen 1897

J.rom.m. 248 tnh

urn:nbn:de:bvb:12-bsb11813321-3